Copyright Board Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur Canada

Copying for Private Use

Copyright Act, subsection 83(8)

File: Private Copying 2008-2009

CPCC'S PROPOSED TARIFF OF LEVIES TO BE COLLECTED IN 2008 AND 2009 ON THE SALE OF BLANK AUDIO RECORDING MEDIA, IN CANADA, IN RESPECT OF THE REPRODUCTION FOR PRIVATE USE OF MUSICAL WORKS EMBODIED IN SOUND RECORDINGS, OF PERFORMERS' PERFORMANCES OF SUCH WORKS OR OF SOUND RECORDINGS IN WHICH SUCH WORKS AND PERFORMANCES ARE EMBODIED

[PRELIMINARY MOTIONS]

DECISION OF THE BOARD

Reasons delivered by:

Mr. Justice William J. Vancise
Mrs. Francine Bertrand-Venne
Mrs. Sylvie Charron

Date of the Decision

July 19, 2007

Copie pour usage privé

Loi sur le droit d'auteur, paragraphe 83(8)

Dossier : Copie privée 2008-2009

PROJET DE TARIF DES REDEVANCES À PERCEVOIR PAR LA SCPCP EN 2008 ET 2009 SUR LA VENTE DE SUPPORTS AUDIO VIERGES, AU CANADA, POUR LA COPIE À USAGE PRIVÉ D'ENREGISTREMENTS SONORES OU D'ŒUVRES MUSICALES OU DE PRESTATIONS D'ŒUVRES MUSICALES QUI LES CONSTITUENT

[REQUÊTES PRÉLIMINAIRES]

DÉCISION DE LA COMMISSION

Motifs exprimés par :

M. le juge William J. Vancise
M[e] Francine Bertrand-Venne
M[e] Sylvie Charron

Date de la décision

Le 19 juillet 2007

Ottawa, July 19, 2007

File: Private Copying 2008-2009

Decision on Preliminary Motions

I. INTRODUCTION

[1] On January 31, 2007, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) filed a statement of the levies it proposes to collect in 2008 and 2009 in respect of the reproduction for private use of musical works embodied in sound recordings, of performers' performances of such works or of sound recordings in which such works and performances are embodied ("private copying"). The statement was published in the *Canada Gazette* on February 10, 2007. The Canadian Storage Media Alliance (CSMA) and the Retail Council of Canada (RCC), among others, filed objections to the proposed tariff.

[2] CPCC seeks to levy, among other things, products that can record, store and play back sound recordings without the need for an external recording medium ("digital audio recorders"). CSMA and RCC brought motions pursuant to subsection 66.7(1) of the *Copyright Act* (the "*Act*") seeking an order to prevent the Board from considering or approving the portions of the proposed tariff on digital audio recorders. They contend that the Federal Court of Appeal has already decided in *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance*[1] that digital audio recorders do not fall within the definition of "audio recording medium" under the *Act*. They submit that the Board has no jurisdiction to consider or approve a levy on these devices. Alternatively, they argue that CPCC should be prevented from requesting such

Ottawa, le 19 juillet 2007

Dossier : Copie privée 2008-2009

Décision sur les requêtes préliminaires

I. INTRODUCTION

[1] Le 31 janvier 2007, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) déposait un projet de tarif des redevances qu'elle entend percevoir en 2008 et 2009 pour la copie pour usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent (« copie privée »). Le projet a été publié dans la *Gazette du Canada* le 10 février 2007. La *Canadian Storage Media Alliance* (CSMA) et le Conseil canadien du commerce de détail (CCCD), entre autres, se sont opposés au projet.

[2] La SCPCP demande d'assujettir à une redevance, entre autres choses, les produits qui peuvent enregistrer, stocker et jouer un enregistrement sonore sans l'aide d'un support d'enregistrement externe (« enregistreurs audionumériques »). La CSMA et le CCCD ont présenté, en vertu du paragraphe 66.7(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* »), des requêtes visant à obtenir une ordonnance pour empêcher la Commission d'examiner ou d'approuver les parties du projet de tarif visant les enregistreurs audionumériques. Ils soutiennent que, dans l'arrêt *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance*[1], la Cour d'appel fédérale a déjà décidé que les enregistreurs audionumériques ne sont pas visés par la définition de « support audio » prévue par la *Loi*.

a levy on the basis of issue estoppel, cause of action estoppel or abuse of process.

[3] Subsequent to receiving the motions from CSMA and RCC, the Board issued an order on April 30, 2007 asking the parties to answer the following questions:

1. Is it now settled law that a digital audio recorder is not a "medium", as this word is used in the definition of "audio recording medium" set out in section 79 of the *Copyright Act*?

2. Does issue estoppel or cause of action estoppel prevent CPCC from arguing that a digital audio recorder is a medium?

3. Assuming that the answer to questions 1 and 2 is no, is a digital audio recorder a "recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced"? Put another way, if a digital audio recorder is ordinarily used by individual consumers for the purpose of reproducing sound recordings onto it, is it an "audio recording medium" as defined in section 79 of the *Copyright Act*?

II. HISTORICAL OUTLINE

[4] Before dealing with those questions it is useful to set out the chronology of decisions dealing with private copying. Part VIII of the *Act*, the private copying regime, came into force in 1998. The first decision dealt with a proposed tariff seeking levies on products such as analog audio cassettes, digital audio tapes, MiniDiscs, Recordable Compact Discs (CD-R), Rewritable Compact Discs (CD-RW), Recordable Audio

Ils font valoir que la Commission n'est pas compétente pour examiner ou homologuer un tarif sur de tels appareils. À titre subsidiaire, ils prétendent que la SCPCP devrait être empêchée de demander une telle redevance pour cause de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, de préclusion fondée sur la cause d'action ou d'abus de procédure.

[3] Après avoir reçu les requêtes de la CSMA et du CCCD, la Commission a rendu, le 30 avril 2007, une ordonnance demandant aux parties de répondre aux questions suivantes :

[TRADUCTION] 1. Est-il établi en droit qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un « support » au sens de la définition de « support audio » prévue à l'article 79 de la *Loi sur le droit d'auteur*?

2. La préclusion, découlant d'une question déjà tranchée ou fondée sur la cause d'action, empêche-t-elle la SCPCP de faire valoir qu'un enregistreur audionumérique est un support?

3. Si l'on répond aux questions 1 et 2 par la négative, un enregistreur audionumérique est-il un « support audio [...] utilisé [...] pour reproduire des enregistrements sonores »? Autrement dit, si un enregistreur audionumérique est habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, s'agit-il d'un « support audio » au sens de l'article 79 de la *Loi sur le droit d'auteur*?

II. APERÇU HISTORIQUE

[4] Avant d'aborder les questions énoncées ci-haut, il est utile d'établir la chronologie des décisions traitant de la copie privée. La partie VIII de la *Loi*, à savoir le régime de copie privée, est entrée en vigueur en 1998. La première décision traitait d'un projet de tarif visant à percevoir des redevances sur des produits tels que les cassettes audio analogiques, les bandes audionumériques, les minidisques

Compact Discs (CD-R Audio) and Rewritable Audio Compact Discs (CD-RW Audio).[2] All of those products are recorded onto and played back in separate equipment which is not levied. In *Private Copying III*,[3] the Board set out in detail the chronology of its earlier decisions. The progression of the tariffs certified by the Board demonstrates the gradual evolution of the objects to which the tariffs applied. In 2003-2004, CPCC requested, among other things, that the scope of the tariff be expanded to impose levies on the following products:

> (vi) Non-removable electronic memory cards or non-removable flash memory storage media of any type incorporated into an MP3 player or into any similar device with internal electronic or flash memory that is intended for use primarily to record and play music;
>
> (vii) Non-removable hard drives incorporated into an MP3 player or into any similar device with an internal hard drive that is intended for use primarily to record and play music; [...][4] [our emphasis]

[5] The Board found that the memory embedded within a digital audio recorder qualified as an audio recording medium and as such was subject to a levy. It stated:

> As regards the physical characteristics of the product itself, the definition of an "audio recording medium" could hardly have been drafted more broadly. Specifically, the English version of the text contains the clause, "regardless of its material form". To the Board, the plain and ordinary meaning of this phrase rules out the possibility that the levy was intended to apply only to "removable" media, let alone only to audio cassettes.
>
> This language also demonstrates that it is not determinative whether the medium is affixed,

(MiniDisc), les disques compacts enregistrables (CD-R), les disques compacts réinscriptibles (CD-RW), les disques compacts audio enregistrables (CD-R Audio) et les disques compacts audio réinscriptibles (CD-RW Audio).[2] Tous ces produits servent à l'enregistrement et sont lus au moyen d'un appareil distinct qui n'est pas assujetti à une redevance. Dans *Copie privée III*,[3] la Commission a revu en détail la chronologie de ses décisions antérieures. La progression des tarifs homologués par la Commission démontre l'évolution graduelle des objets auxquels les tarifs s'appliquaient. En 2003-2004, la SCPCP a demandé, entre autres choses, que la portée du tarif soit élargie de manière à ce que des redevances soient perçues sur les produits suivants :

> (vi) les cartes mémoires électroniques non amovibles ou les supports non amovibles de stockage à mémoire flash de tout type incorporés à un lecteur MP3 ou à tout dispositif semblable comprenant une mémoire électronique ou une mémoire flash interne destiné principalement à enregistrer et exécuter de la musique;
>
> (vii) les disques durs non amovibles incorporés à un lecteur MP3 ou à tout dispositif semblable comprenant un disque dur interne destiné principalement à enregistrer et exécuter de la musique; [...][4] [notre soulignement]

[5] La Commission a décidé que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique était un support audio et qu'à ce titre, elle était assujettie à une redevance. Elle a précisé :

> En ce qui a trait aux caractéristiques physiques du produit lui-même, la définition de « support audio » aurait difficilement pu être formulée de façon plus large. Plus spécifiquement, la version anglaise fait référence à tout support audio « *regardless of its material form* ». Pour la Commission, le sens ordinaire de ces mots exclut la possibilité que la redevance ne devrait s'appliquer qu'aux supports « amovibles », et encore moins qu'aux seules cassettes audio.
>
> Cette formulation démontre également qu'il n'importe pas que le support soit fixé ou

> incorporated or otherwise integrated in a device. Its breadth supports the conclusion that liability to pay a levy cannot be dependant upon physical characteristics alone. A medium that is incorporated into a device remains a medium.[5] [our emphasis]

> autrement intégré à un appareil. L'étendue de la définition appuie la conclusion voulant que l'obligation de payer une redevance n'est pas tributaire des seules caractéristiques physiques du support. Un support intégré à un appareil demeure un support.[5] [notre soulignement]

[6] CSMA applied by way of judicial review to set aside the decision of the Board on the basis that the Board "erred in law [...] in coming to the decision that 'digital audio recorders' with embedded non-removable memory constitute an 'audio recording medium' [...] ".[6]

[6] La CSMA a demandé, par voie de contrôle judiciaire, l'annulation de la décision de la Commission au motif que celle-ci [TRADUCTION] « a commis une erreur de droit [...] en décidant que les "enregistreurs audionumériques" ayant une mémoire intégrée inamovible constituent un "support audio" [...] ».[6]

[7] Mr. Justice Noël, speaking for a unanimous court, identified the issue relevant to this motion as follows:

> [133] [...] whether a permanently embedded or non-removable memory, incorporated into a digital audio recorder (MP3 player), retains its identity as an "audio recording medium" and can be levied as such under Part VIII.
>
> [...]
>
> [142] The four members of the CSMA who appear as applicants in this judicial review application argue that the Board erred in law in holding that a permanently embedded memory in a digital audio recorder (MP3 player) is a medium and, as such, leviable under Part VIII.
>
> [143] The applicants argue that, when incorporated into a digital audio recorder, the embedded memory becomes integrated in, and inseparable from, this device, and thus loses its separate identity. Hence, it cannot be said that a manufacturer or importer who sells a digital audio recorder also sells the embedded memory.[7]

[7] Dans des motifs unanimes, le juge Noël a libellé comme suit la question pertinente découlant de la demande de la CSMA :

> [133] [...] celle de savoir si une mémoire intégrée en permanence ou une mémoire inamovible, incorporée dans un enregistreur audionumérique (lecteur MP3), conserve son identité de « support audio » et est assujettie à la redevance prévue à la partie VIII.
>
> [...]
>
> [142] Les quatre membres de la CSMA qui agissent à titre de demanderesses dans la présente instance en contrôle judiciaire soutiennent que la Commission a commis une erreur de droit en assimilant à un support la mémoire intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique (lecteur MP3) et la considérant par conséquent assujettie à la redevance prévue à la partie VIII.
>
> [143] Les demanderesses expliquent que la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique en fait partie intégrante, ne peut plus en être dissociée et perd donc son identité distincte. On ne saurait donc prétendre que le fabricant ou l'importateur qui vend un enregistreur audionumérique vend aussi la mémoire intégrée qu'il contient.[7]

[8] He then found that embedded memory is not a "medium":

> [148] [...] I do not believe that it was open to the Board to establish a levy on memory embedded in

[8] Il a ensuite conclu que la mémoire intégrée n'est pas un « support » :

> [148] [...] je ne crois pas qu'il était loisible à la Commission de fixer une redevance sur les

digital audio recorders. In my respectful view, Part VIII of the Act and the definition of "audio recording medium" gave the Board no such authority.

[149] The Board established the levy on the basis that it could, in effect, look through the device being sold and reach the permanently embedded memory found therein. The Board twice noted that the levy sought by the CPCC, and approved by it was on "memory in devices" but not on "devices" (*Private Copying III*, at paragraphs 126 and 194).

[150] The conceptual difficulty inherent in the exercise on which the Board embarked in certifying a levy on the memory embedded in a device, but not on the device itself, is illustrated by the tariff which it certified (*Private Copying III*, at paragraph 225):

> For non-removable memory permanently embedded in a digital audio recorder, the Board adopts rates of $2 for each recorder that can record no more than 1 Gb of data, $15 for each recorder that can record more than 1 Gb and no more than 10 Gbs of data, and $25 for each recorder that can record more than 10 Gbs of data. [Emphasis added.]

[151] Although the Board purported to establish a levy on the embedded memory, it acknowledged that this memory could not, looked at on its own, allow for the establishment of the levy; the device into which the memory was embedded had to be considered (*Private Copying III*, at paragraph 153):

> Hard discs in personal computers are technically indistinguishable from those in some digital audio recorders. It appears therefore, inappropriate to generalize about the uses of all embedded memory. However, the distinction, in the Board's view, is that where a medium is permanently incorporated into a certain type of device, it becomes possible to categorize that medium and evaluate its use as a unique "kind" of "audio recording medium", based on the intrinsic characteristics of the device into which the medium has been incorporated. [Emphasis added.]

mémoires intégrées à des enregistreurs audionumériques. À mon humble avis, la partie VIII de la Loi et la définition de l'expression « support audio » ne donnaient pas ce pouvoir à la Commission.

[149] La Commission a établi la redevance en partant du principe qu'elle pouvait effectivement regarder l'intérieur de l'appareil et aller jusqu'à la mémoire intégrée en permanence qui s'y trouve. La Commission a signalé à deux reprises que la redevance réclamée par la SCPCP et approuvée par elle visait « la mémoire intégrée à certains appareils » et non « des appareils » (*Copie privée III*, aux paragraphes 126 et 194).

[150] Le tarif que la Commission a homologué illustre bien la difficulté conceptuelle inhérente que comporte l'exercice auquel la Commission s'est livrée en homologuant une redevance portant sur la mémoire intégrée à un appareil mais non une redevance sur l'appareil lui-même (*Copie privée III*, au paragraphe 225) :

> En ce qui a trait à la mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, la Commission adopte des taux de 2 $ par enregistreur pouvant enregistrer au plus 1 Go de données, 15 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus d'un Go et au plus 10 Go de données, et 25 $ par enregistreur pouvant enregistrer plus de 10 Go de données. [Non souligné dans l'original.]

[151] Bien qu'elle ait prétendu établir une redevance sur la mémoire intégrée, la Commission a reconnu que, prise isolément, cette mémoire ne pouvait donner lieu à une redevance. Il lui fallait donc examiner l'appareil auquel la mémoire était intégrée (*Copie privée III*, au paragraphe 153) :

> Du point de vue technique, les disques durs d'ordinateurs personnels ressemblent en tous points à ceux dont sont munis certains enregistreurs audionumériques. On pourrait juger inapproprié de faire des généralisations au sujet des fins auxquelles sert la mémoire intégrée. Toutefois, selon la Commission, le trait distinctif des supports intégrés en permanence à un appareil est qu'il devient

Hence according to the Board, permanent memory embedded in an MP3 player comes within the definition, whereas the identical memory embedded into other devices does not (*Private Copying III*, at paragraph 155).

[152] It can be seen from the Board's own reasoning and from the tariff which it certified that it is the device that is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein. The Board cannot establish a levy and determine the applicable rates by reference to the device and yet assert that the levy is being applied on something else.

[153] [...] as desirable as bringing such devices within the ambit of Part VIII might seem, the authority for doing so still has to be found in the Act.

[154] The Board found this authority in the definition of "audio recording medium". It focussed on the phrase "regardless of its material form" to hold that Parliament intended that a levy be established on a medium, regardless of its incorporation into a device. In the words of the Board, "A medium that is incorporated into a device remains a medium" (*Private Copying III*, at paragraph 131).

[155] There are a number of problems with the Board's analysis. First, according to the Board's own reasoning, a memory does not become an "audio recording medium" unless and until it is incorporated into the appropriate device (*Private Copying III*, at paragraphs 152 and 161). It is therefore difficult to see how such a memory can be said to remain a medium when embedded into a device.

[156] Second, upon being incorporated into a device, a memory undergoes no change in form. It is therefore difficult to see how the Board can rely on the phrase "regardless of its material form" to justify its conclusion. Furthermore, to rely on this phrase, the Board first had to identify an "audio recording medium". According to its own reasons, a memory is not an "audio recording medium" unless and until embedded into a digital audio recorder.

possible de les catégoriser et d'établir l'utilisation que l'on en fait en tant que « types » particuliers de « support audio », en fonction de caractères intrinsèques des appareils dans lesquels le support a été incorporé. [Non souligné dans l'original.]

Ainsi, selon la Commission, la mémoire intégrée en permanence à un lecteur MP3 répond à la définition de « support audio » alors que la même mémoire intégrée à d'autres appareils n'y répond pas (*Copie privée III*, au paragraphe 155).

[152] Il ressort du raisonnement de la Commission et du tarif qu'elle a homologué que c'est l'appareil et non la mémoire qui y est intégrée qui est l'élément qui doit servir à définir la redevance. La Commission ne peut établir une redevance et déterminer les taux applicables en fonction de l'appareil tout en affirmant que la redevance s'applique à autre chose.

[153] [...] aussi souhaitable qu'il puisse être de faire relever ces appareils de la partie VIII, la Loi ne confère pas ce pouvoir.

[154] La Commission a estimé que la définition de l'expression « support audio » lui conférait ce pouvoir. Elle s'est attardée à l'expression anglaise « *regardless of its material form* » pour déclarer que le législateur voulait que la redevance soit imposée sur le support et ce, peu importe que celui-ci soit intégré ou non à un appareil. Pour reprendre les mots de la Commission : « Un support intégré à un appareil demeure un support » (*Copie privée III*, au paragraphe 131).

[155] L'analyse de la Commission comporte plusieurs failles. En premier lieu, pour reprendre le raisonnement même de la Commission, une mémoire n'est pas un « support audio » tant et aussi longtemps qu'elle n'est pas intégrée à l'appareil approprié (*Copie privée III*, aux paragraphes 152 et 161). Il est donc difficile de comprendre comment on peut prétendre qu'une telle mémoire demeure un support une fois qu'elle est intégrée à un appareil.

[156] En second lieu, l'intégration de la mémoire à un appareil, n'affecte en rien la forme de la mémoire. Il est par conséquent difficile de

[157] It is apparent that the phrase on which the Board relied to "see through" a digital audio recorder and reach the memory embedded therein does not support its conclusion when regard is had to its own findings.

[...]

[160] [...] The Board erred when it held that it could certify a levy on the memory integrated into a digital audio recorder.

[161] Subsection 82(1) of the Act imposes a levy on manufacturers and importers of blank media. By the words of paragraph (*a*) thereof, the liability for the payment of the levy can only arise "on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media".

[162] The Board therefore had to look at what was being sold or disposed of by the importers (it is common ground that there are no manufacturers of digital audio recorders in Canada), and determine whether the subject-matter of the sale or disposition came within the ambit of the definition.

[163] The Board did not ask itself that question. [...][8]

[9] The order of the Court was to set aside "the decision of the Board certifying a levy on the non-removable memory permanently embedded in a digital audio recorder [...]".

[10] Mr. Justice Noël then added that a digital audio recorder is not a "medium":

comprendre comment la Commission peut se fonder sur l'expression anglaise « *regardless of its material form* » pour justifier sa conclusion. Qui plus est, pour se fonder sur cette expression, la Commission devait d'abord identifier un « support ». Or, suivant ses propres motifs, une mémoire n'est pas un « support audio » tant qu'elle n'est pas intégrée à un enregistreur audionumérique.

[157] Force m'est de constater que l'expression sur laquelle la Commission s'est fondée pour « examiner l'intérieur » d'un enregistreur audionumérique pour atteindre la mémoire qui y était intégrée en permanence ne justifie pas sa conclusion eu égard à ses propres conclusions.

[...]

[160] [...] La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré qu'il lui était loisible d'homologuer une redevance sur la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique.

[161] Le paragraphe 82(1) de la Loi impose une redevance aux fabricants et aux importateurs de supports vierges. Aux termes de l'alinéa *a*) de ce paragraphe, l'obligation de payer la redevance naît uniquement en cas de « vente ou [de] toute autre forme d'aliénation [de supports audio vierge] ».

[162] La Commission devait donc examiner ce que les importateurs vendaient ou aliénaient (il est acquis aux débats qu'il n'y a pas de fabricants d'enregistreurs audionumériques au Canada) et décider si l'objet de la vente ou de l'aliénation en question répondait à la définition.

[163] La Commission ne s'est pas posé cette question. [...][8]

[9] La Cour a ordonné l'annulation de [TRADUCTION] « la décision de la Commission homologuant une redevance sur la mémoire inamovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique [...] ».

[10] Le juge Noël a ensuite ajouté qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un « support » :

[158] The Board acknowledges that, when it enacted Part VIII, Parliament could not have envisioned recent technological developments (*Private Copying III*, at paragraph 133). Indeed, the legislative history of Bill C-32, which amended the Act to include Part VIII, shows that at the time, Parliament was looking at blank audio tapes as the cause of the harm to rightsholders and had been made aware of proposals in other countries (including the U.S.) to extend the levy to the hardware which recorded and played these blank audio tapes. Nevertheless, Parliament chose to limit the levy to blank medium [...]

[159] This shows that Parliament's definition of "audio recording medium" stands in contra-distinction with a recorder or similar devices as these were known to exist at the time and whose function it is to record and play blank audio tapes. No one has ever pretended that tape recorders came within the ambit of the definition.

[160] A digital audio recorder is not a medium; the CPCC recognized so much when it asked that the levy be applied on the memory found therein but not on the recorder itself. [...]

[161] Subsection 82(1) of the Act imposes a levy on manufacturers and importers of blank media. By the words of paragraph (*a*) thereof, the liability for the payment of the levy can only arise "on selling or otherwise disposing of those blank audio recording media".

[162] The Board therefore had to look at what was being sold or disposed of by the importers (it is common ground that there are no manufacturers of digital audio recorders in Canada), and determine whether the subject-matter of the sale or disposition came within the ambit of the definition.

[163] The Board did not ask itself that question. However, it seems clear that if it had, the subject-matter of the sale or disposition was a digital audio recorder or a device as the Board called it, but not a medium as defined. In the absence of such a sale, no liability can arise for the levy.

[164] In my respectful view, it is for Parliament to decide whether digital audio recorders such as

[158] La Commission reconnaît que, lorsqu'il a édicté la partie VIII, le législateur fédéral ne pouvait prévoir les progrès technologiques récents (*Copie privée III*, au paragraphe 133). L'historique législatif du projet de loi C-32, qui modifiait la Loi en y insérant la partie VIII, montre que le législateur était d'avis que les bandes sonores vierges étaient la cause du préjudice que subissaient les titulaires de droits et qu'il avait été mis au courant des propositions faites dans d'autres pays (dont les États-Unis) pour étendre la redevance au matériel utilisé pour impressionner et faire jouer les bandes audio vierges en question. Le législateur fédéral a toutefois choisi de limiter la redevance aux supports vierges [...]

[159] Il en ressort que la définition que le législateur donne du « support audio » a comme effet d'établir une distinction d'avec l'enregistreur et les autres appareils semblables qui existaient à l'époque et dont la fonction est d'enregistrer et de faire jouer des bandes audio vierges. Personne n'a jamais prétendu que les enregistreurs à bande magnétique répondent à cette définition.

[160] Un enregistreur audionumérique n'est pas un support. La SCPCP l'a bien reconnu lorsqu'elle a demandé que la redevance s'applique à la mémoire qu'on y trouve mais non à l'enregistreur lui-même. [...]

[161] Le paragraphe 82(1) de la Loi impose une redevance aux fabricants et aux importateurs de supports vierges. Aux termes de l'alinéa *a*) de ce paragraphe, l'obligation de payer la redevance naît uniquement en cas de « vente ou [de] toute autre forme d'aliénation [de supports audio vierge] ».

[162] La Commission devait donc examiner ce que les importateurs vendaient ou aliénaient (il est acquis aux débats qu'il n'y a pas de fabricants d'enregistreurs audionumériques au Canada) et décider si l'objet de la vente ou de l'aliénation en question répondait à la définition.

[163] La Commission ne s'est pas posé cette question. On peut cependant affirmer sans craindre de se tromper que, si elle s'était posé cette question, elle aurait conclu que l'objet de la

MP3 players are to be brought within the class of items that can be levied under Part VIII. As Part VIII now reads, there is no authority for certifying a levy on such devices or the memory embedded therein.[9]

[11] CPCC sought leave to appeal to the Supreme Court of Canada on the ground that the Federal Court of Appeal had erred in finding that non-removable memory is not an "audio recording medium" within the meaning of section 79 of the *Act*. Leave was denied.

[12] As stated earlier, CPCC's proposed tariff for 2008-2009 seeks to levy, among other things, digital audio recorders instead of the memory embedded in them.

III. POSITION OF THE PARTIES

[13] We agree with CSMA that subsection 66.7(1) of the *Act*[10] grants the Board the power to issue the orders requested and to make an initial determination as to whether the proposed statement of royalties is within the terms of the *Act*.[11]

[14] CSMA and RCC submit the Board is without jurisdiction to certify the tariff requested by reason of the finding of the Federal Court of Appeal that "digital audio recorders" do not fall within the definition of "audio recorded medium" with the result that the matter is *res judicata*. They also contend that CPCC is estopped from

vente ou de l'aliénation était un enregistreur audionumérique ou un appareil, pour reprendre le terme employé par la Commission, mais pas un support au sens de la loi. À défaut de vente d'un support, il ne peut y avoir d'obligation de payer la redevance.

[164] À mon humble avis, c'est au législateur fédéral qu'il appartient de décider si les enregistreurs audionumériques comme les lecteurs MP3 doivent faire partie de la catégorie d'articles assujettis à une redevance en vertu de la partie VIII. Dans sa rédaction actuelle, la partie VIII n'accorde pas le pouvoir d'homologuer des redevances sur ce type d'appareil ou sur la mémoire qui y est intégrée.[9]

[11] La SCPCP a demandé l'autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada au motif que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur en concluant que la mémoire inamovible n'est pas un « support audio » au sens de l'article 79 de la *Loi*. La demande d'autorisation a été refusée.

[12] Tel que mentionné ci-dessus, le projet de tarif de la SCPCP pour 2008-2009 demande l'établissement d'une redevance sur les enregistreurs audionumériques, entre autres choses, plutôt que sur la mémoire qui y est intégrée.

III. POSITION DES PARTIES

[13] Nous souscrivons à la position de la CSMA selon laquelle le paragraphe 66.7(1) de la *Loi*[10] confère à la Commission le pouvoir de rendre les ordonnances demandées et de décider immédiatement si le projet de tarif est conforme à la *Loi*.[11]

[14] La CSMA et le CCCD soutiennent que la Commission n'est pas compétente pour homologuer le tarif demandé en raison de la conclusion de la Cour d'appel fédérale selon laquelle les « enregistreurs audionumériques » ne sont pas visés par la définition de « support audio », de sorte que la chose est jugée. Ils font

proposing a levy on digital audio recorders or that the application is an abuse of process. Finally, if we are to find that the issue of digital audio recorders as media is not settled, they urge us to adhere to the reasoning of the Federal Court of Appeal in any event.

[15] For its part, CPCC submits that the statements dealing with a digital audio recorder as medium in *CPCC v. CSMA* are *obiter* and as such not binding. CPCC also maintains that none of the principles invoked to prevent it from seeking a levy on digital audio recorders can or should apply to it under the circumstances. Finally, CPCC attempts to demonstrate that logic and a purposive analysis of the private copying regime dictate the conclusion that digital audio recorders must be recording media for the purposes of Part VIII of the *Act*.

IV. ANALYSIS

1. Is it now settled law that a digital audio recorder is not a "medium" as this word is used in the definition of "audio recording medium" set out in section 79 of the *Copyright Act*?

[16] CSMA and RCC argue that the Federal Court of Appeal in *CPCC v. CSMA* found that a digital audio recorder is not a medium within the meaning of section 79 of the *Act* with the result that digital audio recorders cannot be leviable under Part VIII of the *Act*. The Board has therefore no jurisdiction to consider a levy on these devices.

[17] In their submission, an attempt to certify a levy on digital audio recorders rather than on the memory embedded within recorders is an

également valoir que la SCPCP est précluse de proposer une redevance sur les enregistreurs audionumériques ou que la demande constitue un abus de procédure. Enfin, à supposer que nous concluions que la question de l'enregistreur audionumérique en tant que support n'est pas réglée, ils nous prient de nous en tenir au raisonnement de la Cour d'appel fédérale quoi qu'il en soit.

[15] Pour sa part, la SCPCP affirme que les déclarations traitant de l'enregistreur audionumérique en tant que support dans l'arrêt *SCPCP c. CSMA* constituent un *obiter* qui n'est donc pas contraignant. La SCPCP prétend également qu'aucun des principes invoqués pour l'empêcher de demander une redevance sur les enregistreurs audionumériques ne peut ni ne devrait s'appliquer à elle en l'espèce. En dernier lieu, la SCPCP tente de démontrer que la logique et une analyse du régime de copie privée fondée sur l'objet visé mènent forcément à conclure que l'enregistreur audionumérique doit être un support audio pour l'application de la partie VIII de la *Loi*.

IV. ANALYSE

1. Est-il établi en droit qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un « support » au sens de la définition de « support audio » prévue à l'article 79 de la *Loi sur le droit d'auteur*?

[16] La CSMA et le CCCD soutiennent que, dans l'arrêt *SCPCP c. CSMA*, la Cour d'appel fédérale a conclu qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un support au sens de l'article 79 de la *Loi*, de sorte qu'il ne peut être assujetti à une redevance en vertu de la partie VIII de la *Loi*. Par conséquent, la Commission n'est pas compétente pour examiner une redevance portant sur de tels appareils.

[17] La CSMA et le CCCD font valoir qu'une tentative d'homologuer une redevance sur l'enregistreur audionumérique plutôt que sur la

attempt, based on semantics, to circumvent the decision of the Federal Court of Appeal. They contend the Court made it clear that the reason the memory in digital audio recorders was not leviable was precisely because the memory is part of the device. They rely on the following statement of Mr. Justice Noël: "The Board cannot establish a levy and determine the applicable rates by reference to the device and yet assert that the levy is being applied on something else."[12]

[18] In their submission, the statement that a digital audio recorder is not a medium was central to, and a fundamental part of, the conclusion that the Court reached. The propositions that (a) memory embedded into a device loses its identity, (b) the proper focus of the analysis is the device and (c) a device is not a medium are parts of a single whole. The focus of the tariff was on the device. The essence of the question was whether a digital audio recorder can be levied. The Board had asked the wrong question. It was then up to the Court to determine the proper focus of the Board's examination, to state the right question and then to answer it.

[19] CPCC does not agree. In its submission, the statement that a digital audio recorder is not a medium is *obiter*, does not form part of the *ratio decidendi* of the decision and is not binding on the Board.

[20] Thus, the issue before us is reduced to whether the conclusion that a digital audio recorder is not a medium is binding on the Board. To determine what the Federal Court of Appeal decided we must examine precisely what was in issue before the Board and ultimately what had to be decided by the Court. To that end, we must examine the proposed tariff, the tariff certified by the Board in 2003 as well as the underlying

mémoire qui y est intégrée constitue une manœuvre sémantique visant à se soustraire à la décision de la Cour d'appel fédérale. Ils prétendent que la Cour a clairement indiqué que la mémoire dans l'enregistreur audionumérique ne pouvait être assujettie à une redevance précisément parce qu'elle fait partie de l'appareil. Ils se fondent sur la déclaration suivante du juge Noël : « La Commission ne peut établir une redevance et déterminer les taux applicables en fonction de l'appareil tout en affirmant que la redevance s'applique à autre chose. »[12]

[18] La CSMA et le CCCD affirment que la déclaration selon laquelle un enregistreur audionumérique n'est pas un support était essentielle à la conclusion que la Cour a tirée et en constituait une partie fondamentale. Les propositions selon lesquelles a) la mémoire intégrée à un appareil perd son identité, b) l'analyse doit porter essentiellement sur l'appareil et c) un appareil n'est pas un support, sont des parties d'un même tout. Le tarif visait l'appareil. La question était essentiellement celle de savoir si un enregistreur audionumérique peut être assujetti à une redevance. La Commission avait posé la mauvaise question. Il revenait alors à la Cour d'établir ce sur quoi l'examen de la Commission aurait dû porter, de formuler la bonne question et d'y répondre.

[19] La SCPCP n'est pas d'accord. Selon elle, la déclaration selon laquelle un enregistreur audionumérique n'est pas un support est une remarque incidente qui ne fait pas partie de la *ratio decidenci* de la décision et ne lie pas la Commission.

[20] La question dont nous sommes saisis est donc simplement celle de savoir si la conclusion selon laquelle un enregistreur audionumérique n'est pas un support lie la Commission. Pour savoir ce que la Cour d'appel fédérale a décidé, nous devons examiner les questions en litige précises dont était saisie la Commission et celles que la Cour a dû trancher par la suite. À cette fin, nous devons examiner le projet de tarif, le

reasons for the Board's decision to certify a levy on the memory permanently embedded in digital audio recorders.

[21] The tariff proposed by CPCC for 2003-2004 sought a levy on a number of new digital storage media, including memory cards, flash memory and micro-hard drives when "incorporated into each MP3 player or into each similar device [...] intended for use primarily to record and play music". CSMA and others objected to the proposed levy on these objects on the basis that once incorporated into the device, the memory lost its identity as a recording medium. It argued that CPCC was seeking a levy on a device and not a medium within the meaning of section 79. CPCC argued that the non-removable memory in a digital audio recorder did not lose its identity and could be viewed separately for the purpose of applying a levy and could be characterized as an audio recording medium within the meaning of section 79 because the recorder and the memory inside it are "ordinarily used" for the purpose of copying sound recordings.

[22] The proposed tariff only targeted the memory in a digital audio recorder and not the recorder itself with the result that the issue of whether or not the recorder itself was a medium or an "audio recording medium" was irrelevant to the question the Board had to decide. If the memory lost its identity when incorporated into the digital audio recorder, CPCC had asked for a levy on something that did not exist for the purposes of the private copying regime and the proposed tariff was fatally flawed irrespective of whether the recorder itself was a medium or not.

[23] Indeed, it was not open to the Board to even consider whether it might impose a levy on digital audio recorders, simply because CPCC's

tarif homologué par la Commission en 2003, ainsi que les motifs justifiant sa décision d'homologuer une redevance sur la mémoire intégrée en permanence aux enregistreurs audionumériques.

[21] Le projet de tarif de la SCPCP pour 2003-2004 visait la perception d'une redevance sur certains nouveaux supports de stockage numériques, notamment les cartes mémoire, les mémoires flash et les micro lecteurs durs « incorporé[s] à un lecteur MP3 ou à un dispositif semblable [...] destiné principalement à enregistrer et exécuter de la musique ». La CSMA et d'autres se sont opposés au projet de redevance portant sur ces objets au motif que la mémoire, une fois incorporée à l'appareil, perd son identité en tant que support d'enregistrement. La CSMA soutenait que la SCPCP cherchait à percevoir une redevance sur un appareil et non sur un support au sens de l'article 79. La SCPCP prétendait que la mémoire inamovible dans un enregistreur audionumérique ne perdait pas son identité, pouvait être considérée séparément pour l'application d'une redevance et pouvait être qualifiée de support audio au sens de l'article 79 parce que l'enregistreur et la mémoire qui se trouvent à l'intérieur de ce dernier sont « habituellement utilisés » pour reproduire des enregistrements sonores.

[22] Le projet de tarif ne visait que la mémoire se trouvant dans un enregistreur audionumérique et non l'enregistreur même, de sorte que la question de savoir si l'enregistreur était ou non un support ou un « support audio » n'avait aucun rapport avec la question que devait trancher la Commission. Si la mémoire perdait son identité une fois incorporée à l'enregistreur audionumérique, la SCPCP avait demandé une redevance sur quelque chose qui n'existait pas aux fins du régime de copie privée et le projet de tarif souffrait d'un défaut fatal, que l'enregistreur même soit un support ou non.

[23] En effet, il n'était pas loisible à la Commission d'examiner ne serait-ce que la possibilité de fixer une redevance sur les

proposed statement of royalties did not target digital audio recorders. The Board can do many things with a proposed statement of private copying levies, but it cannot expand the list of recording media that it targets. No one asked for a levy on the digital audio recorder itself, therefore the issue of whether it could be the subject of a levy never arose.

[24] The Board did not consider the status of the recording device to be relevant. The Board identified the questions for determination as follows:

> There are two aspects of this provision [section 79] that are relevant to the Board in these proceedings. The first relates to the proper interpretation of the phrase "ordinarily used by individual consumers for that purpose". The second relates to the relevance of a medium's physical attributes ("a recording medium regardless of its material form"), particularly the significance of its incorporation into a device.[13]

[25] The Board ultimately dismissed the objectors' argument that memory loses its separate identity upon incorporation into a device. The Board concluded: "It follows that non-removable memory permanently embedded in such a device falls within the definition of an 'audio recording medium' under the *Act*."[14]

[26] CSMA asked the Federal Court of Appeal to set aside the Board's decision based on the same arguments it had raised before the Board. Again, CSMA framed the issue in terms of a device/medium dichotomy, stating in its application that the Board had decided "that 'digital audio recorders' with embedded non-removable memory constitute an 'audio recording medium'".[15] The Board made no such decision. Significantly, the Federal Court of Appeal framed the issue to be decided differently, in terms that mirrored the Board's approach: "[...] whether a permanently embedded or non-

enregistreurs audionumériques, tout simplement parce que le projet de tarif de la SCPCP ne les visait pas. La Commission peut faire bien des choses avec un projet de redevances pour la copie privée, mais elle ne peut allonger la liste de supports qu'il vise. Puisque personne n'avait demandé de redevance sur l'enregistreur audionumérique même, la question de savoir si celui-ci peut être assujetti à une redevance n'a jamais été posée.

[24] Selon la Commission, la nature de l'appareil d'enregistrement n'était pas pertinente. La Commission a identifié les questions à trancher comme suit :

> En l'espèce, deux éléments de cette disposition [l'article 79] intéressent la Commission. Le premier se rapporte à l'interprétation de l'expression « habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores ». Le deuxième concerne la pertinence des attributs physiques du support (« Tout support audio »), en particulier l'effet éventuel de son intégration à un appareil.[13]

[25] En fin de compte, la Commission a rejeté l'argument des opposants selon lequel la mémoire perd son identité distincte une fois incorporée à un appareil. La Commission a conclu comme suit : « Par conséquent, la mémoire non amovible intégrée en permanence à un tel appareil est visée par la définition de « support audio » prévue par la *Loi*. »[14]

[26] La CSMA a demandé à la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision de la Commission en se fondant sur les arguments qu'elle avait soulevés devant la Commission. Une fois de plus, la CSMA a formulé la question en invoquant la dichotomie appareil/support et en affirmant dans sa demande que la Commission avait décidé [TRADUCTION] « que les "enregistreurs audionumériques" ayant une mémoire intégrée inamovible constituent un "support audio" ».[15] La Commission n'a rendu aucune décision en ce sens. Fait révélateur, la Cour d'appel fédérale a formulé la question à trancher d'une autre façon,

removable memory, incorporated into a digital audio recorder (MP3 player), retains its identity as an 'audio recording medium' and can be levied as such."[16]

[27] The question before the Court was, therefore, whether the Board had correctly decided that memory does not lose its identity as an "audio recording medium" when incorporated into a digital audio recorder. The Court did not identify as an issue the question of whether or not a digital audio recorder is a "medium", even though CSMA argued it should be so identified.

[28] Deciding if a digital audio recorder is a medium was irrelevant because that determination contributed nothing to the resolution of the issue before the Court. Succinctly put, if the memory incorporated into a digital audio recorder retained its identity as an audio recording medium, the Board had correctly granted a levy on that memory as long as it was ordinarily used by individual consumers to reproduce sound recordings. If it did not retain its identity when incorporated into a recorder, then the memory was not a medium, could not be an audio recording medium and could not be the subject of a levy and the Board had erred in certifying a levy on non-removable memory.

[29] The Court's central conclusion confirms this: "[...] I do not believe that it was open to the Board to establish a levy on memory embedded in digital audio recorders. In my respectful view, Part VIII of the Act and the definition of 'audio recording medium' gave the Board no such authority."[17]

[30] The Court explained its conclusion as follows: "from the Board's own reasoning and

en des termes qui reflétaient l'approche de la Commission : « [...] celle de savoir si une mémoire intégrée en permanence ou une mémoire inamovible, incorporée dans un enregistreur audionumérique (lecteur MP3), conserve son identité de "support audio" et est assujettie à la redevance. »[16]

[27] Par conséquent, la question dont était saisie la Cour était celle de savoir si la Commission avait eu raison de décider que la mémoire ne perd pas son identité de « support audio » lorsqu'elle est incorporée à un enregistreur audionumérique. La Cour n'a pas identifié comme question à trancher celle de savoir si un enregistreur audionumérique est un « support » ou non, même si la CSMA soutenait que la question devait être abordée.

[28] Il n'était pas pertinent de décider si un enregistreur audionumérique est un support, parce que cette décision ne permettait nullement de régler la question dont la Cour était saisie. En bref, si la mémoire incorporée à un enregistreur audionumérique conserve son identité de support audio, la Commission avait accordé à juste titre une redevance sur cette mémoire, à condition que celle-ci soit habituellement utilisée par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores. Si la mémoire ne conserve pas son identité une fois incorporée à un enregistreur, elle n'est alors pas un support, ne peut être un support audio et ne peut pas être assujettie à une redevance, et la Commission avait commis une erreur en homologuant une redevance portant sur la mémoire inamovible.

[29] La conclusion principale de la Cour le confirme : « [...] je ne crois pas qu'il était loisible à la Commission de fixer une redevance sur les mémoires intégrées à des enregistreurs audionumériques. À mon humble avis, la partie VIII de la Loi et la définition de l'expression "support audio" ne donnaient pas ce pouvoir à la Commission. »[17]

[30] La Cour a expliqué sa conclusion comme suit : « [i]l ressort du raisonnement de la

from the tariff which it certified [...] the device [...] is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein. The Board cannot establish a levy and determine the applicable rates by reference to the device and yet assert that the levy is being applied on something else."[18] The memory does not retain its identity as a medium when incorporated into a device if it does not become an audio recording medium until it is incorporated into the device. Finally, the Board could not rely on the phrase "regardless of its material form" to find that a medium incorporated into a device remains a medium since the memory undergoes no change in material form when it is incorporated into a device; the Board had to find that the memory is an "audio recording medium" before its incorporation into the device. The Court concluded that "the phrase on which the Board relied to 'see through' a digital audio recorder and reach the memory embedded therein does not support its conclusion".[19]

[31] In CPCC's submission, that reasoning forms the *ratio decidendi* of the decision. CPCC puts its position this way:

> [...] the Court concluded that the memory incorporated into a digital audio recorder does not retain its identity as an "audio recording medium" and therefore cannot be levied under Part VIII. Furthermore, in concluding at paragraph 152 that "it is the device that is the defining element of the levy and not the memory incorporated therein", the Court decided that the Board had erred in certifying the levy on memory as proposed by CPCC. The Court reinforced this conclusion at paragraphs 161 to 163 of its decision, where it found that what the Board had purported to levy (memory in the device) was in fact not the subject matter of a sale under section 82(1) of the Act which gives rise to the liability to pay levies. That subject matter, the Court pointed out, was a digital audio recorder, which the Board had not levied.[20]

Commission et du tarif qu'elle a homologué que c'est l'appareil et non la mémoire qui y est intégrée qui est l'élément qui doit servir à définir la redevance. La Commission ne peut établir une redevance et déterminer les taux applicables en fonction de l'appareil tout en affirmant que la redevance s'applique à autre chose. »[18] La mémoire ne conserve pas son identité de support une fois incorporée à un appareil si elle ne devient pas un support audio avant d'être incorporée à l'appareil. Enfin, la Commission ne pouvait se fonder sur l'expression anglaise « *regardless of its material form* » pour conclure qu'un support incorporé à un appareil demeure un support puisque la mémoire ne subit aucun changement physique au moment d'être incorporée à un appareil; la Commission devait conclure que la mémoire est un « support audio » avant son incorporation à l'appareil. La Cour a conclu que « l'expression sur laquelle la Commission s'est fondée pour "examiner l'intérieur" d'un enregistreur audionumérique pour atteindre la mémoire qui y était intégrée en permanence ne justifie pas sa conclusion ».[19]

[31] Dans ses observations, la SCPCP affirme que ce raisonnement constitue la *ratio decidendi* de la décision. La SCPCP énonce sa position comme suit :

> [TRADUCTION] [...] la Cour a conclu que la mémoire incorporée à un enregistreur audionumérique ne conserve pas son identité de « support audio » et ne peut donc pas être assujettie à une redevance en vertu de la partie VIII. De plus, en concluant au paragraphe 152 que « c'est l'appareil et non la mémoire qui y est intégrée qui est l'élément qui doit servir à définir la redevance », la Cour a décidé que la Commission avait commis une erreur en homologuant la redevance sur la mémoire tel que le proposait la SCPCP. La Cour a renforcé cette conclusion aux paragraphes 161 à 163 de sa décision, lorsqu'elle a conclu que ce sur quoi la Commission avait censément fixé une redevance (la mémoire dans l'appareil) n'était en fait pas l'objet d'une vente en vertu du paragraphe 82(1) de la Loi donnant lieu à l'obligation de payer des redevances. La Cour a souligné que cet objet était un enregistreur audionumérique, sur lequel la Commission n'avait pas fixé de redevance.[20]

The application of the law to the facts on which the Court's decision was founded was complete. Nothing more was required. The statements that a "digital audio recorder is not a medium" and that "as Part VIII now reads, there is no authority for certifying a levy on such devices [...]"[21] are not a necessary part of the Court's conclusion that non-removable memory does not retain its identity. These statements are *obiter*.

[32] We agree with CPCC. The Court found for the purposes of the private copying regime, memory embedded into a digital audio recorder cannot be treated separately from the digital audio recorder. Yet the Board focussed on the memory. In so doing, the Board committed a reviewable error. Put another way, the Board did not ask itself the right question. If the Board did not answer the right question, then there is no answer to be scrutinized in order to decide whether it was right or wrong.

[33] CSMA argues that in order to set aside the levy, the Court had to rule that a digital audio recorder is not a medium. We do not agree. Had the Court stated that a digital audio recorder is a medium, we doubt that it would have (a) modified the tariff to state clearly that the levy is on the recorder, (b) dismissed the application and let the wording of the tariff stand, though it purported to levy the memory, not the recorder, or (c) sent the matter back to the Board with instructions to amend the tariff so as to make it clear that the tariff is on the recorder. We suspect instead that the Court would have made the statement, noted that CPCC's proposed tariff focussed on the wrong object and for that reason, issued the order it did.

L'application du droit aux faits sur lesquels la Cour s'est fondée pour rendre sa décision était complète. Rien de plus n'était nécessaire. Les déclarations portant qu'un « enregistreur audionumérique n'est pas un support » et que « [d]ans sa rédaction actuelle, la partie VIII n'accorde pas le pouvoir d'homologuer des redevances sur ce type d'appareil [...] »[21] ne sont pas des éléments nécessaires de la conclusion de la Cour selon laquelle la mémoire non amovible ne conserve pas son identité. Il s'agit de remarques *obiter*.

[32] Nous souscrivons à la position de la SCPCP. La Cour a conclu que, pour l'application du régime de copie privée, la mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique ne peut être traitée séparément de l'enregistreur. Or, la Commission s'est attardée uniquement à la mémoire. En agissant ainsi, la Commission a commis une erreur susceptible de révision. Autrement dit, elle ne s'est pas posé la bonne question. Puisque la Commission n'a pas répondu à la bonne question, il n'y a aucune réponse à examiner pour décider si elle avait tort ou raison.

[33] La CSMA soutient que, pour annuler la redevance, la Cour devait conclure qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un support. Nous ne sommes pas d'accord. Si la Cour avait affirmé qu'un enregistreur audionumérique est un support, nous doutons qu'elle aurait a) modifié le tarif pour indiquer clairement que la redevance s'applique à l'enregistreur, b) rejeté la demande et laissé tel quel le libellé du tarif, même si celui-ci fixait censément une redevance sur la mémoire et non sur l'enregistreur, ou c) renvoyé l'affaire à la Commission avec la directive de modifier le tarif de manière à indiquer clairement que le tarif s'applique à l'enregistreur. Nous avons plutôt l'impression que la Cour aurait fait la déclaration, souligné que le projet de tarif de la SCPCP visait le mauvais objet et, pour ce motif, rendu l'ordonnance qu'elle a émise.

[34] CSMA and RCC maintain that the focus of the tariff was on the device, based on the fact that the tariff was set at a certain sum "for each recorder".[22] However, they fail to mention two things. First, the key provision of the tariff, the definition of "blank audio recording medium", focuses expressly on "non-removable memory, including solid state and hard disk, that is permanently embedded in a digital audio recorder".[23] The decision was to put a levy on memory. That is the decision that the Court was asked to review. That is what the court noted several times.[24] Second, Part VIII of the *Act* neither defines nor uses the word device. By focussing on the notion of device, CSMA diverted attention from the real question raised by CPCC's proposed tariff, that is, whether the non-removable memory in the recorder was an audio recording medium within the meaning of section 79 of the *Act*.

[34] La CSMA et le CCCD prétendent que le tarif visait l'appareil, compte tenu du fait qu'il fixe le tarif à un certain montant « par enregistreur ».[22] Cependant, ils omettent de mentionner deux choses. Premièrement, la disposition clé du tarif, à savoir la définition de « support audio vierge », vise expressément la « mémoire non amovible intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique, y compris les modèles à semiconducteurs et les disques durs ».[23] La décision fixe une redevance sur la mémoire. Voilà la décision qu'on a demandé à la Cour d'examiner. La Cour l'a souligné à plusieurs reprises.[24] Deuxièmement, la partie VIII de la *Loi* ne définit pas ni n'emploie le mot « appareil ». En mettant l'accent sur la notion d'appareil, la CSMA a détourné l'attention de la véritable question soulevée par le projet de tarif de la SCPCP, soit celle de savoir si la mémoire inamovible dans l'enregistreur était un support audio au sens de l'article 79 de la *Loi*.

[35] The question of whether a digital audio recorder can be levied would have been relevant only if CPCC had asked to set a levy on the recorder. The Board has never been asked to set a levy on computers, telephones, answering machines (or the cassettes they are used with) or pacemakers. No one has felt the need to expound on whether or not those devices are audio recording media. More importantly, we doubt that the Board would undertake to determine whether a digital audio recorder is a medium without taking some account of the meaning of the words "medium" and "*support*" elsewhere in the *Act*.

[35] La question de savoir si un enregistreur audionumérique peut être assujetti à une redevance aurait été pertinente seulement si la SCPCP avait demandé l'établissement d'une redevance sur l'enregistreur. On n'a jamais demandé à la Commission de fixer une redevance sur des ordinateurs, des téléphones, des répondeurs (ou les cassettes qui servent à leur utilisation) ou des stimulateurs cardiaques. Personne n'a estimé nécessaire de se demander si de tels appareils sont des supports audio ou non. Plus important encore, nous doutons que la Commission se charge de déterminer si un enregistreur audionumérique est un support sans tenir compte, dans une certaine mesure, du sens des mots « *medium* » et « support » figurant ailleurs dans la *Loi*.

[36] The statements that a "digital audio recorder is not a medium" and that "as Part VIII now reads, there is no authority for certifying a levy on such devices [...]" are not a necessary part of the Court's conclusion that non-removable memory does not retain its identity. These statements are "[a] judicial comment made while

[36] Les déclarations portant qu'un « enregistreur audionumérique n'est pas un support » et que « [d]ans sa rédaction actuelle, la partie VIII n'accorde pas le pouvoir d'homologuer des redevances sur ce type d'appareil [...] » ne sont pas des éléments nécessaires de la conclusion de la Cour selon

delivering a judicial opinion, but one that is unnecessary to the decision in the case and therefore not precedential".[25]

[37] The answer to the first question is no. We find it is not settled law that a digital audio recorder is not a medium as this word is used in the definition of "audio recording medium" in section 79 of the *Act*.[26]

2. Does issue estoppel or cause of action estoppel prevent CPCC from arguing that a digital audio recorder is a medium?

[38] CSMA and RCC submit that CPCC is estopped from proposing a levy on digital audio recorders either on the basis of issue estoppel or cause of action estoppel. RCC also contends that to permit CPCC to file a tariff in the circumstances of this case amounts to an abuse of process by relitigation.

Issue Estoppel

[39] CSMA and RCC submit that issue estoppel is applicable in the present circumstances in order to put finality to the issues between the parties. They rely on *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*[27] where the Court stated:

> [18] The law rightly seeks a finality to litigation. To advance that objective, it requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so. A litigant, to use the vernacular, is only entitled to one bite at the cherry. The appellant chose the ESA as her forum. She lost. An issue, once decided, should not generally be re-litigated to the benefit of the losing party and the harassment

laquelle la mémoire non amovible ne conserve pas son identité. Ces déclarations sont [TRADUCTION] « [u]n commentaire judiciaire fait au moment de rendre une opinion judiciaire, qui n'est toutefois pas nécessaire pour la décision en l'espèce et, par conséquent, qui n'a pas valeur de précédent ».[25]

[37] Nous répondons à la première question par la négative. Nous concluons qu'il n'est pas établi en droit qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un support au sens de la définition de « support audio » prévue à l'article 79 de la *Loi*.[26]

2. La préclusion, découlant d'une question déjà tranchée ou fondée sur la cause d'action, empêche-t-elle la SCPCP de faire valoir qu'un enregistreur audionumérique est un support?

[38] La CSMA et le CCCD font valoir que la SCPCP est irrecevable à proposer une redevance sur les enregistreurs audionumériques, soit pour cause de préclusion découlant d'une question déjà tranchée, soit pour cause de préclusion fondée sur la cause d'action. Le CCCD prétend également que, si la SCPCP était autorisée à déposer un tarif en l'espèce, il en résulterait un abus de procédure pour remise en cause.

Préclusion découlant d'une question déjà tranchée

[39] La CSMA et le CCCD soutiennent que la préclusion découlant d'une question déjà tranchée s'applique en l'espèce de manière à régler de façon définitive les questions en litige entre les parties. Ils invoquent l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*,[27] dans lequel la Cour a précisé ce qui suit :

> [18] Le droit tend à juste titre à assurer le caractère définitif des instances. Pour favoriser la réalisation de cet objectif, le droit exige des parties qu'elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire.

of the winner. A person should only be vexed once in the same cause. Duplicative litigation, potential inconsistent results, undue costs, and inconclusive proceedings are to be avoided.

[...]

[21] These rules were initially developed in the context of prior court proceedings. They have since been extended, with some necessary modifications, to decisions classified as being of a judicial or quasi-judicial nature pronounced by administrative officers and tribunals. In that context the more specific objective is to balance fairness to the parties with the protection of the administrative decision-making process, whose integrity would be undermined by too readily permitting collateral attack or relitigation of issues once decided.

Autrement dit, un plaideur n'a droit qu'à une seule tentative. L'appelante a décidé de se prévaloir du recours prévu par la LNE. Elle a perdu. Une fois tranché, un différend ne devrait généralement pas être soumis à nouveau aux tribunaux au bénéfice de la partie déboutée et au détriment de la partie qui a eu gain de cause. Une personne ne devrait être tracassée qu'une seule fois à l'égard d'une même cause d'action. Les instances faisant double emploi, les risques de résultats contradictoires, les frais excessifs et les procédures non décisives doivent être évités.

[...]

[21] Initialement, ces règles ont été établies dans le contexte de procédures judiciaires antérieures. Leur champ d'application a depuis été élargi, avec les adaptations nécessaires, aux décisions de nature judiciaire ou quasi judiciaire rendues par les juridictions administratives – fonctionnaires ou tribunaux. Dans ce contexte, l'objectif spécifique poursuivi consiste à assurer l'équilibre entre le respect de l'équité envers les parties et la protection du processus décisionnel administratif, dont l'intégrité serait compromise si on autorisait trop facilement les contestations indirectes ou l'engagement d'une nouvelle instance à l'égard de questions déjà tranchées.

[40] The Supreme Court in *Danyluk* established a two-step process.[28] The first is to determine whether the party requesting the application of issue estoppel has established three pre-conditions: (1) that the same question has been decided in earlier proceedings; (2) that the earlier judicial decision was final; and (3) that the parties are the same in both proceedings. The second step involves the consideration as to whether special circumstances warrant the non-application of issue estoppel in the particular case.

[40] Dans l'arrêt *Danyluk*, la Cour suprême a établi un processus à deux étapes.[28] La première consiste à déterminer si la partie qui demande l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée a réussi à établir l'existence de trois conditions préalables : (1) que la même question ait été décidée dans une procédure antérieure; (2) que la décision judiciaire antérieure soit définitive; (3) que les parties soient les mêmes dans chacune des instances. La deuxième étape comprend l'examen de la question de savoir si des circonstances particulières justifient la non-application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée dans le cas d'espèce.

[41] The doctrine of *res judicata* is part of the general law of estoppel and has two distinct forms: issue estoppel and cause of action

[41] La doctrine de la chose jugée fait partie du droit général de la préclusion et a deux formes distinctes : la préclusion découlant d'une question

estoppel. Donald J. Lange in his text *The Doctrine of Res Judicata in Canada* [29] summarized these doctrines as follows:

> In their simplest definitions, issue estoppel means that a litigant is estopped because the issue has clearly been decided in the previous proceeding, and cause of action estoppel means that a litigant is estopped because the cause has passed into a matter adjudged in the previous proceeding.

[42] In *Angle v. Minister of National Revenue* [30] the issue of what is meant by the same question was considered by the Supreme Court. Dickson J. for the majority stated:

> It will not suffice if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment. That is plain from the words of De Grey C.J. in the *Duchess of Kingston's* case [(1776), 20 St. Tr. 355, 538n.], quoted by Lord Selborne L.J. in *R. v. Hutchings* [(1881), 6 Q.B.D. 300], at p. 304, and by Lord Radcliffe in *Society of Medical Officers of Health v. Hope* [(1960) A.C. 551]. The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceedings: per Lord Shaw in *Hoystead v. Commissioner of Taxation* [(1926) A.C. 155].

[43] In *Danyluk*, Binnie J. for the Court adopted the following passage from *McIntosh v. Parent* [31]:

> When a question is litigated, the judgment of the Court is a final determination as between the parties and their privies. *Any right, question, or fact distinctly put in issue and directly determined by a Court of competent jurisdiction* as a ground of recovery, or as an answer to a claim set up, cannot be re-tried in a subsequent suit between the same parties or their privies,

déjà tranchée et la préclusion fondée sur la cause d'action. Dans son ouvrage intitulé *The Doctrine of Res Judicata in Canada*, [29] Donald J. Lange a résumé ces doctrines comme suit :

> [TRADUCTION] Dans leur définition la plus simple, la préclusion découlant d'une question déjà tranchée signifie que le litigant est irrecevable à agir parce que la question a clairement été tranchée dans l'instance antérieure, tandis que la préclusion fondée sur la cause d'action signifie que le litigant est irrecevable à agir parce que la cause est devenue une chose jugée dans l'instance antérieure.

[42] Dans l'arrêt *Angle c. Ministre du Revenu national*, [30] la Cour suprême s'est penchée sur le sens de l'expression « même question ». S'exprimant au nom de la majorité, le juge Dickson a précisé ce qui suit :

> Il ne suffira pas que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. Cela ressort clairement des termes employés par le Juge en chef De Grey dans l'arrêt *Duchess of Kingston's*, (1776), 20 St. Tr. 355, 538n., cités par Lord Selborne dans *Reg. v. Hutchings*, (1881), 6 Q.B.D. 300, à la p. 304, et par Lord Radcliffe dans *Society of Medical Officers of Health v. Hope*, [1960] A.C. 551. La question qui est censée donner lieu à la fin de non-recevoir doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » dans l'affaire antérieure : d'après Lord Shaw dans l'arrêt *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155.

[43] Dans l'arrêt *Danyluk*, le juge Binnie, s'exprimant au nom de la Cour, a adopté le passage suivant tiré de l'arrêt *McIntosh c. Parent* [31] :

> [TRADUCTION] Lorsqu'une question est soumise à un tribunal, le jugement de la cour devient une décision définitive entre les parties et leurs ayants droit. *Les droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés par un tribunal compétent* comme motifs de recouvrement ou comme réponses à une

though for a different cause of action. The right, question, or fact, once determined, must, as between them, be taken to be conclusively established so long as the judgment remains. [Underlining in original; italics are ours.]

Mr. Justice Binnie continued:

This statement was adopted by Laskin J. (later C.J.), dissenting in *Angle*, *supra*, at pp. 267-68. This description of the issues subject to estoppel ("[a]ny right, question or fact distinctly put in issue and directly determined") is more stringent than the formulation in some of the older cases for cause of action estoppel (e.g., "all matters which were, or might properly have been, brought into litigation", *Farwell, supra*, at p. 558). Dickson J. (later C.J.), speaking for the majority in *Angle*, *supra*, at p. 255, subscribed to the more stringent definition for the purpose of issue estoppel. "It will not suffice" he said, "if the question arose collaterally or incidentally in the earlier proceedings or is one which must be inferred by argument from the judgment." The question out of which the estoppel is said to arise must have been "fundamental to the decision arrived at" in the earlier proceeding. In other words, as discussed below, the estoppel extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law ("the questions") that were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings.[32]

[44] We have already found that the statement made by the Federal Court of Appeal that "a digital audio recorder is not a medium" is *obiter*. *Obiter dicta* are not fundamental to the decision arrived at in earlier proceedings and do not create an estoppel. Estoppel extends only to material

prétention qu'on met de l'avant, ne peuvent être jugés de nouveau dans une poursuite subséquente entre les mêmes parties ou leurs ayants droit, même si la cause d'action est différente. Le droit, la question ou le fait, une fois qu'on a statué à son égard, doit être considéré entre les parties comme établi de façon concluante aussi longtemps que le jugement demeure. [Le souligné est dans l'original; les italiques sont de nous.]

Le juge Binnie a ajouté ce qui suit :

Le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a souscrit à cet énoncé dans ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 267-268. Cette description des aspects visés par la préclusion (« [l]es droits, questions ou faits distinctement mis en cause et directement réglés ») est plus exigeante que celle utilisée dans certaines décisions plus anciennes à l'égard de la préclusion fondée sur la cause d'action (par exemple [TRADUCTION] « toute question ayant été débattue ou qui aurait pu à bon droit l'être », *Farwell*, précité, p. 558). S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Angle*, précité, p. 255, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a également fait sienne la définition plus exigeante de l'objet de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. « Il ne suffira pas », a-t-il dit, « que la question ait été soulevée de façon annexe ou incidente dans l'affaire antérieure ou qu'elle doive être inférée du jugement par raisonnement. » La question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été « fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé » dans l'affaire antérieure. En d'autres termes, comme il est expliqué plus loin, la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit (« les questions ») à l'égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure.[32]

[44] Nous avons déjà conclu que la déclaration de la Cour d'appel fédérale portant qu'« un enregistreur audionumérique n'est pas un support » constitue un *obiter*. L'*obiter dictum* n'est pas fondamental à la décision à laquelle on est arrivé dans une instance antérieure et ne crée

facts and the conclusions of law and/or mixed fact and law that were necessarily determined in the earlier proceedings. That is not the case here and the first precondition, that is, that the same question has been decided, has not been met.

Cause of Action Estoppel

[45] The leading Canadian authority on cause of action estoppel is *Grandview (Town) v. Doering* [33] which adopted the following passage from *Henderson v. Henderson* [34]:

> I believe I state the rule of the Court correctly when I say, that where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case. The plea of *res judicata* applies, except in special cases, not only to points upon which the Court was actually required by the parties to form an opinion and pronounce a judgment, but to every point which properly belonged to the subject of litigation and which the parties, exercising reasonable diligence, might have brought forward at the time.

[46] Those principles were summarized by Hewak C.J.Q.B. in *Bjarnarson v. Manitoba* [35] as follows:

> 1. There must be a final decision of a court of competent jurisdiction in the prior action;
>
> 2. The parties to the subsequent litigation must have been parties to or in privy with the parties to the prior action [mutuality];

pas de préclusion. La préclusion ne vise que les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit à l'égard desquels on a nécessairement statué dans le cadre des instances antérieures, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il n'a pas été satisfait à la première condition préalable, à savoir que la même question ait été décidée.

Préclusion fondée sur la cause d'action

[45] Au Canada, l'arrêt de principe concernant la préclusion fondée sur la cause d'action est *Grandview (Ville de) c. Doering*,[33] dans lequel l'extrait suivant, tiré de l'arrêt *Henderson v. Henderson*,[34] a été adopté :

> [TRADUCTION] [...] J'espère exprimer correctement la règle que s'est imposée la présente Cour quand j'affirme que si un point donné devient litigieux et qu'un tribunal compétent le juge, on exige des parties qu'elles soumettent toute leur cause et, sauf dans des circonstances spéciales, on n'autorisera pas ces parties à rouvrir le débat sur un point qui aurait pu être soulevé lors du litige, mais qui ne l'a pas été pour l'unique raison qu'elles ont omis de soumettre une partie de leur cause, par négligence, inadvertance ou même par accident. Le plaidoyer de la chose jugée porte, sauf dans des cas spéciaux, non seulement sur les points sur lesquels les parties ont en fait demandé au tribunal d'exprimer une opinion et de prononcer jugement, mais sur tout point qui faisait objectivement partie du litige et que les parties auraient pu soulever à l'époque, si elles avaient fait preuve de diligence.

[46] Le juge en chef Hewak de la Cour du Banc de la Reine a résumé ces principes comme suit dans l'arrêt *Bjarnarson v. Manitoba* [35] :

> [TRADUCTION] 1. Un tribunal compétent doit avoir rendu une décision finale dans l'action antérieure;
>
> 2. Les parties au litige subséquent doivent avoir été les parties ou leurs ayants droit à l'action antérieure [réciprocité];

3. The cause of action in the prior action must not be separate and distinct; and

4. The basis of the cause of action and the subsequent action was argued or could have been argued in the prior action if the parties had exercised reasonable diligence.

[47] The cases do not go so far as to suggest that a litigant cannot raise a separate and distinct cause of action in a litigation because he might have done so on the occasion of an earlier litigation on a different issue. There is a difference between a defence which is intimately related to the issues in the earlier litigation on the one hand and a separate litigation against the party to the earlier litigation which stands on its own separate set of facts and could have been brought at any time without reference to the issue raised.

[48] In our opinion, the central issue raised before the Federal Court of Appeal is distinct and separate from the issue raised on the filing of the tariff in this case. The Federal Court of Appeal was faced with the narrow issue of whether a permanently embedded memory in a digital audio recorder is a medium within the meaning of the *Act*. To the extent that the Court dealt with the issue of whether a digital audio recorder is itself a medium, this was *obiter*, not fundamental to the decision arrived at and not "necessarily determined" in the proceedings.

Abuse of Process

[49] The doctrine of abuse of process was discussed by the Supreme Court of Canada in *Toronto (City) v. Canadian Union of Public Employees, Local 79*.[36] Madam Justice Arbour distinguished the doctrine of abuse of process from estoppel as follows:

> [43] [...] In all of its applications, the primary focus of the doctrine of abuse of process is the integrity of the adjudicative functions of courts.

3. La cause d'action dans l'action antérieure ne doit pas être séparée et distincte;

4. Le fondement de la cause d'action dans l'action ultérieure a été débattu ou aurait pu l'être dans l'action antérieure si les parties avaient fait preuve de diligence raisonnable.

[47] La jurisprudence ne va pas jusqu'à laisser entendre qu'un litigant ne peut invoquer une cause d'action séparée et distincte dans un litige parce qu'il aurait pu le faire dans un litige antérieur portant sur une question différente. Il existe une différence entre, d'une part, une défense qui est étroitement liée aux questions faisant l'objet du litige antérieur et, d'autre part, une action distincte contre la partie à l'action antérieure qui repose sur une série de faits distincts et qui aurait pu être intentée en tout temps sans que la question soulevée ne soit mentionnée.

[48] À notre avis, la question principale soulevée devant la Cour d'appel fédérale est distincte et séparée de la question soulevée par le dépôt du tarif en l'espèce. La Cour était saisie de la question étroite de savoir si la mémoire intégrée en permanence à un enregistreur audionumérique est un support au sens de la *Loi*. Dans la mesure où la Cour a abordé la question de savoir si un enregistreur audionumérique est en soi un support, il s'agissait d'une question incidente qui n'était pas fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé et à l'égard de laquelle on n'a pas « nécessairement statué » dans l'instance.

Abus de procédure

[49] La Cour suprême du Canada a examiné la doctrine de l'abus de procédure dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 79*.[36] La juge Arbour a fait une distinction entre la doctrine de l'abus de procédure et la préclusion dans les termes suivants :

> [43] [...] Dans tous ses cas d'application, la doctrine de l'abus de procédure vise

Whether it serves to disentitle the Crown from proceeding because of undue delays (see *Blencoe, supra*), or whether it prevents a civil party from using the courts for an improper purpose (see *Hunter, supra*, and *Demeter, supra*), the focus is less on the interest of parties and more on the integrity of judicial decision making as a branch of the administration of justice. In a case such as the present one, it is that concern that compels a bar against relitigation, more than any sense of unfairness to a party being called twice to put its case forward, for example. When that is understood, the parameters of the doctrine become easier to define, and the exercise of discretion is better anchored in principle.

[...]

[51] [...] Three preliminary observations are useful in that respect. First, there can be no assumption that relitigation will yield a more accurate result than the original proceeding. Second, if the same result is reached in the subsequent proceeding, the relitigation will prove to have been a waste of judicial resources as well as an unnecessary expense for the parties and possibly an additional hardship for some witnesses. Finally, if the result in the subsequent proceeding is different from the conclusion reached in the first on the very same issue, the inconsistency, in and of itself, will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality.

[50] Lange comments on the relationship between the doctrines of abuse of process by relitigation, issue estoppel and cause of action estoppel.[37] He points out that the use of abuse of process by relitigation is largely a response to perceived if not actual deficiencies in the complex doctrines of issue estoppel and cause of action estoppel. In circumstances where the strict rules of estoppel have not or cannot be met, the case of abuse of process by relitigation may be established in

essentiellement à préserver l'intégrité de la fonction judiciaire. Qu'elle ait pour effet de priver le ministère public du droit de continuer la poursuite à cause de délais inacceptables (voir *Blencoe*, précité), ou d'empêcher une partie civile de faire appel aux tribunaux à mauvais escient (voir *Hunter*, précité, et *Demeter*, précité), l'accent est mis davantage sur l'intégrité du processus décisionnel judiciaire comme fonction de l'administration de la justice que sur l'intérêt des parties. Dans une affaire comme la présente espèce, c'est cette préoccupation qui commande d'interdire la remise en cause, plus que toute perception d'injustice envers une partie qui serait de nouveau appelée à faire la preuve de ses prétentions, par exemple. Cela compris, il est plus facile d'établir les paramètres de la doctrine et de définir les principes applicables à l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

[...]

[51] [...] Il convient de faire trois observations préliminaires à cet égard. Premièrement, on ne peut présumer que la remise en cause produira un résultat plus exact que l'instance originale. Deuxièmement, si l'instance subséquente donne lieu à une conclusion similaire, la remise en cause aura été un gaspillage de ressources judiciaires et une source de dépenses inutiles pour les parties sans compter les difficultés supplémentaires qu'elle aura pu occasionner à certains témoins. Troisièmement, si le résultat de la seconde instance diffère de la conclusion formulée à l'égard de la même question dans la première, l'incohérence, en soi, ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l'autorité, la crédibilité et la vocation à l'irrévocabilité.

[50] L'auteur Lange commente le rapport entre les doctrines de l'abus de procédure pour remise en cause, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de la préclusion fondée sur la cause d'action.[37] Il fait remarquer que le recours à la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause est en grande partie une réponse aux lacunes perçues, sinon réelles, des doctrines complexes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée et de la préclusion fondée

order to provide relief. The courts have invoked this doctrine as a concurrent ground with estoppel as a judicial safety net to possible error in the application of the complex estoppel doctrines. Abuse of process is rarely invoked in and of itself so as to preclude relitigation. In our opinion, the doctrine has no application in the present circumstances.

sur la cause d'action. Dans les situations où les règles strictes de la préclusion n'ont pas été respectées ou ne peuvent l'être, l'abus de procédure pour remise en cause peut être établi en vue d'obtenir un redressement. Les tribunaux ont invoqué cette doctrine comme motif concomitant de la préclusion pour créer un filet de protection judiciaire contre toute erreur possible au niveau de l'application des doctrines complexes de la préclusion. L'abus de procédure est rarement invoqué en soi pour empêcher une remise en cause. À notre avis, la doctrine ne s'applique pas en l'espèce.

[51] To paraphrase counsel for CPCC, the separate identity of memory within a digital audio recorder was an issue in 2003; it is not now. What is the defining element of a digital audio recorder for the purposes of the regime was an issue in 2003; it is not now. This time the issue is whether a digital audio recorder is an audio recording medium for the purposes of the private copying regime. The issue was not framed that way by the Board or the Court.

[51] Pour paraphraser le procureur de la SCPCP, l'identité distincte de la mémoire se trouvant à l'intérieur d'un enregistreur audionumérique était contestée en 2003; elle ne l'est pas maintenant. L'identification de l'élément déterminant d'un enregistreur audionumérique pour l'application du régime était contestée en 2003; elle ne l'est pas maintenant. Cette fois-ci, il s'agit de savoir si un enregistreur audionumérique est un support audio pour l'application du régime de copie privée. Ni la Commission ni la Cour n'avaient formulé la questionde cette manière.

[52] The answer to the second question is no. Examining for the first time the issue of whether a digital audio recorder is a "recording medium" cannot threaten the integrity of the process before the Board or the finality of its decisions, be unfair or oppressive or offend anyone's sense of fair play and decency.

[52] Nous répondons à la deuxième question par la négative. Le premier examen de la question de savoir si un enregistreur audionumérique est un « support audio » ne peut menacer l'intégrité de la procédure devant la Commission ou le caractère définitif de ses décisions, être injuste ou abusif, ou porter atteinte au sens du franc-jeu et de la décence d'une personne.

Relitigating Issues Before the Board

Remise en cause des questions devant la Commission

[53] Estoppel and abuse of process are largely inapplicable to Board proceedings. Tariffs settle matters only for the period during which they apply. Issues are regularly re-examined or re-litigated before us. Neither the Canadian Association of Broadcasters' repeated attempts to obtain a modified blanket licence nor those of FWS Joint Sports Claimants to receive a share of

[53] La préclusion et l'abus de procédure s'appliquent peu aux instances de la Commission. Les tarifs ne règlent les choses que pour la période pendant laquelle ils s'appliquent. Certaines questions sont régulièrement réexaminées par nous ou remises en cause devant nous. Ni les tentatives répétées de l'Association canadienne des radiodiffuseurs visant à obtenir

retransmission royalties that is greater than viewing were illegitimate or threatened the finality of the Board's decisions.

[54] Indeed, RCC and CSMA have been known not to live by the standards they now ask us to impose on CPCC. In 1998, RCC chose not to file an objection, thereby depriving itself of the opportunity to make the elaborate constitutional and *Charter* arguments that it then advanced in *Private Copying III*. No one proposed that it should live with the strategic choice it made in 1998 and be foreclosed from raising these arguments in 2003. CSMA specifically requested in *Private Copying III* that the Board change its interpretation of the words "ordinarily used", though the matter had been disposed of in *Private Copying I*.

3. Is a digital audio recorder a "recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced"?

[55] Section 79 of the *Act* defines audio recording medium as: "a recording medium, regardless of its material form, onto which a sound recording may be reproduced and that is of a kind ordinarily used by individual consumers for that purpose, excluding any prescribed kind of recording medium."

The question we asked sets aside the issue of whether digital audio recorders are ordinarily used by individual consumers for the purpose of reproducing sound recordings which requires substantial evidence. Our focus is solely on the rest of the definition.

[56] All parties agree that the Board's third question should be answered by an examination of the relevant definition in the *Act*. They

une licence générale modifiée ni celles de *FWS Joint Sports Claimants* visant à recevoir une part des redevances en retransmission plus élevée que son écoute étaient illégitimes ou menaçaient le caractère définitif des décisions de la Commission.

[54] Il est même arrivé que le CCCD et la CSMA n'aient pas toujours respecté les normes qu'ils nous demandent maintenant d'imposer à la SCPCP. En 1998, le CCCD a choisi de ne pas déposer d'opposition, se privant ainsi de l'occasion de présenter les arguments complexes fondés sur la Constitution et sur la *Charte* qu'il a soulevés par la suite dans *Copie privée III*. Personne n'a proposé que le CCCD s'en tienne au choix stratégique qu'il a fait en 1998 et qu'il lui soit interdit de soulever ces arguments en 2003. Dans *Copie privée III*, la CSMA a expressément demandé que la Commission modifie son interprétation de l'expression « habituellement utilisé », même si la question avait été tranchée dans *Copie privée I*.

3. Un enregistreur audionumérique est-il un « support audio [...] utilisé [...] pour reproduire des enregistrements sonores »?

[55] L'article 79 de la *Loi* définit comme suit un support audio comme : « Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement. »

La question que nous avons posée écarte celle de savoir si les enregistreurs audionumériques sont habituellement utilisés par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores, laquelle nécessite une preuve importante. Notre analyse porte uniquement sur le reste de la définition.

[56] Toutes les parties conviennent qu'il faut répondre à la troisième question en examinant la définition pertinente prévue dans la *Loi*.

disagree however on the approach to be taken. CPCC focusses on the words of the definition itself to determine whether it could include digital audio recorders. CSMA and RCC begin by looking at the legislative history of the private copying regime to determine what Parliament intended to exclude from the regime at the time of enactment.

Cependant, elles ne s'entendent pas sur l'approche à adopter. La SCPCP met l'accent sur les mots de la définition même pour déterminer si celle-ci pourrait viser notamment les enregistreurs audionumériques. La CSMA et le CCCD commencent par examiner l'historique législatif du régime de copie privée pour déterminer ce que le législateur avait l'intention d'exclure du régime au moment de son adoption.

[57] CSMA and RCC endorse the analysis of the Federal Court of Appeal on this issue. In their view, the central question was whether the expression as defined is broad enough to include objects that can record and play back sound recordings. They maintain that there is a clear dichotomy, founded on the Parliamentary history of the private copying regime, between recording media, which can be levied, and record/playback devices, which cannot. Their reasoning is as follows. Parliament did not intend to levy tape recorders. Tape recorders are devices. Digital audio recorders are devices. Therefore, Parliament did not intend to levy digital audio recorders.

[57] La CSMA et le CCCD adoptent l'analyse de la Cour d'appel fédérale sur la question. À leur avis, la question principale était celle de savoir si l'expression, telle que définie, est assez générale pour comprendre des objets qui peuvent enregistrer et faire jouer des enregistrements sonores. Ils soutiennent qu'il existe une dichotomie claire, fondée sur l'historique législatif du régime, entre le support audio, qui peut être assujetti à une redevance, et l'appareil d'enregistrement ou de lecture, qui ne peut l'être. Leur raisonnement est le suivant : le législateur n'avait pas l'intention de percevoir une redevance sur les magnétophones; les magnétophones sont des appareils; les enregistreurs audionumériques sont des appareils; par conséquent, le législateur n'avait pas l'intention de percevoir une redevance sur les enregistreurs audionumériques.

[58] CPCC starts by looking at the nature of copyright and the objects of the copyright system. In its submission, that system can only function when it promotes the creation of works while at the same time ensuring an optimal distribution and use of those works. In 1997, Parliament created the private copying regime with two objectives in mind: to legalize private copying onto audio recording media and to provide fair and equitable compensation for rights holders for those copies through a levy on blank audio recording media. Neither purpose is fulfilled if the expression "audio recording medium" is interpreted restrictively. The public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect is not served and creators are deprived of a just reward.[38]

[58] La SCPCP examine d'abord la nature du droit d'auteur et les objets du système de droit d'auteur. Elle soutient que ce régime ne peut fonctionner que lorsqu'il favorise la création d'œuvres tout en assurant une distribution et une utilisation optimales de ces œuvres. En 1997, le législateur a créé le régime de copie privée en tenant compte de deux objectifs : légaliser la copie privée sur support audio et fournir une rémunération juste et équitable aux titulaires de droits pour cette copie au moyen d'une redevance sur les supports audio vierges. Ni l'un ni l'autre des objectifs n'est réalisé si l'expression « support audio » est interprétée de façon restrictive. L'intérêt du public pour la création et la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles n'est pas favorisé et les créateurs sont privés d'une juste récompense.[38]

[59] CPCC then looks at the definition of "audio recording medium" itself and submits that in order to be an audio recording medium, an object must meet five conditions. First, the object must be a medium, which CPCC defines as a thing that can "hold" ("*supporter*") something else. Second, the focus of the analysis ought to be on function, not form. Anything that can store something else is a medium. The English version of the definition states this expressly: "a recording medium regardless of its material form". The French version makes the express statement unnecessary through the use of the word "*tout*". Third, the medium must be capable of storing sound recordings. In the English version, this is required by the words "onto which a sound recording may be reproduced". In the French version, it is required by the word "audio". Furthermore, storing sound recordings is the *only* function on which the definition focuses: something that can fulfil that function as well as others still qualifies. Fourth, the reproduction of the sound recording onto the medium must be relatively permanent. Fifth, the medium must be ordinarily used by individual consumers to reproduce sound recordings. As CPCC points out, the manner in which question 3 is worded relieves it from looking at this element of the test.

[59] La SCPCP se penche ensuite sur la définition même de « support audio » et soutient que, pour être un support audio, un objet doit répondre à cinq conditions. Premièrement, l'objet doit être un support, c'est-à-dire, selon la SCPCP, une chose qui peut « supporter » quelque chose d'autre. Deuxièmement, l'analyse doit être axée sur la fonction et non sur la forme. Tout ce qui peut stocker quelque chose d'autre est un support. La version anglaise de la définition le prévoit expressément : « *a recording medium regardless of its material form* ». La version française rend inutile la déclaration expresse par l'emploi du mot « tout ». Troisièmement, le support doit pouvoir stocker des enregistrements sonores. La version anglaise l'exige au moyen de l'expression « *onto which a sound recording may be reproduced* ». La version française l'exige au moyen du mot « audio ». Qui plus est, la mise en mémoire d'enregistrements sonores est la *seule* fonction visée par la définition : une chose qui peut remplir cette fonction parmi d'autres est aussi visée par la définition. Quatrièmement, la reproduction de l'enregistrement sonore sur le support doit être relativement permanente. Cinquièmement, le support doit être habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores. Comme le souligne la SCPCP, la formulation de la question 3 la dispense d'examiner cet élément du critère.

[60] In our view, whether digital audio recorders are media must be decided according to the modern interpretation of the law that, generally speaking, "the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament".[39] More specifically, the interpretation should accord with the purpose of the *Act* in general and of the private copying regime in particular. Preferably, the interpretation of the word "medium" should accord with the meaning to be given to the same word elsewhere in the *Act*. It must also accord with the intention of Parliament in two respects.

[60] À notre avis, la question de savoir si l'enregistreur audionumérique est un support doit être tranchée conformément à l'interprétation moderne de la loi selon laquelle, en règle générale, « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur ».[39] Plus précisément, l'interprétation devrait être conforme à l'objet de la *Loi* en général et du régime de copie privée en particulier. Il est préférable que l'interprétation du mot « support » soit conforme au sens qu'il faut donner au même mot ailleurs dans la *Loi*. Elle doit aussi être conforme à l'intention du

First, audio cassettes might be levied but tape recorders will not. Second, the determination of what is a medium should not depend on the characteristics of pre-existing technology. Finally, we should follow the admonition of the Federal Court of Appeal that "where its language and underlying rationale permit, legislation should be interpreted in a way that takes account of technological developments".[40]

[61] While the proposed test may be overly stringent, we generally agree with CPCC's approach.[41] Applying this test, there is no doubt that a digital audio recorder is an audio recording medium. It stores relatively permanent reproductions of sound recordings. That is all that the definition requires. We agree that Parliament intended to levy audio cassettes but not tape recorders. That is of no help, however, in deciding whether a digital audio recorder is an audio recording medium. That we must decide by using the words of the definition.

[62] CSMA and RCC contend that, on a proper interpretation of the definition of "audio recording medium", media and devices are mutually exclusive. We disagree. The question to be answered is not "Is a digital audio recorder a device or a medium?", but rather, "Is a digital audio recorder an 'audio recording medium' within the meaning of section 79?" The focus of the definition is on the ability to store reproductions of sound recordings, not on the ability to record and playback sound recordings. What matters is that digital audio recorders store reproductions of sound recordings, not that they can make or play such reproductions. A tape recorder is not a recording medium not because it *can* play music, but because it *cannot* store it.

législateur à deux égards. Premièrement, les cassettes audio peuvent être assujetties à une redevance, mais pas les magnétophones. Deuxièmement, il ne faudrait pas déterminer ce qui constitue un support en fonction des caractéristiques de la technologie préexistante. Enfin, nous devrions suivre la directive de la Cour d'appel fédérale selon laquelle « [l]orsque son libellé et son objet fondamental le permettent, un texte de loi devrait être interprété de manière à tenir compte des progrès technologiques ».[40]

[61] Bien que le critère proposé puisse être exagérément rigoureux, nous sommes d'accord, d'une façon générale, avec l'approche de la SCPCP.[41] Si l'on applique ce critère, il ne fait aucun doute qu'un enregistreur audionumérique est un support audio. Il stocke des reproductions relativement permanentes d'enregistrements sonores. Voilà tout ce qu'exige la définition. Nous convenons que le législateur avait l'intention d'assujettir à une redevance les cassettes audio et non les magnétophones. Toutefois, cela ne nous aide nullement à décider si un enregistreur audionumérique est un support audio. Pour ce faire, nous devons nous pencher sur les mots de la définition.

[62] La CSMA et le CCCD prétendent que l'interprétation correcte de la définition de « support audio » exige que les supports et les appareils s'excluent mutuellement. Nous ne sommes pas d'accord. La question à laquelle il faut répondre n'est pas « Un enregistreur audionumérique est-il un appareil ou un support? », mais plutôt « Un enregistreur audionumérique est-il un "support audio" au sens de l'article 79? ». La définition met l'accent sur la capacité de stocker des reproductions d'enregistrements sonores et non sur celle d'enregistrer et de faire jouer des enregistrements sonores. Ce qui importe, c'est qu'un enregistreur audionumérique stocke des reproductions d'enregistrements sonores, pas qu'il puisse créer ou faire jouer de telles reproductions. Un magnétophone n'est pas un support audio non pas parce qu'il *peut* faire jouer de la musique, mais parce qu'il *ne peut* la stocker.

[63] The private copying regime revolves around a single definition, that of audio recording medium. Devices are not excluded from that definition, they are simply not mentioned. A device can be a medium as long as it stores relatively permanent reproductions of sound recordings. An audio cassette contains spools and rollers, a magnetic tape and a pressure pad, enclosed in a protective plastic case: that makes it a device. The same can be said of the MiniDisc, with its magneto-optical disc housed in a cartridge with a sliding door. The reasoning of CSMA and RCC that a digital audio recorder is not an audio recording medium breaks down.[42]

[63] Le régime de copie privée repose sur une seule définition, à savoir celle de support audio. Les appareils ne sont pas exclus de la définition; ils ne sont simplement pas mentionnés. Un appareil peut être un support dans la mesure où il stocke des reproductions relativement permanentes d'enregistrements sonores. Une cassette audio contient des bobines et des rouleaux, une bande magnétique et un tampon tenseur, enfermés dans un boîtier de protection en plastique : cela en fait un appareil. On peut en dire autant du MiniDisc, avec son disque magnéto-optique contenu dans une cartouche dotée d'une porte coulissante. Le raisonnement de la CSMA et du CCCD selon lequel un enregistreur audionumérique n'est pas un support audio s'effondre.[42]

[64] Some of the CSMA's and RCC's own arguments demonstrate how the medium/device dichotomy is irrelevant, at least with respect to equipment that does not require an external medium in order to record or play sound recordings. For example, at paragraph 28 of its response, RCC states that both tape recorders and digital audio recorders "require storage media". Given the decision of the Federal Court of Appeal, the storage medium cannot be the embedded memory, since the memory has no existence separate from the digital audio recorder itself. Therefore, if a storage medium is required, it has to be the digital audio recorder itself.

[64] Certains des arguments de la CSMA et du CCCD démontrent la non-pertinence de la dichotomie support/appareil, à tout le moins en ce qui concerne l'équipement qui n'a pas besoin de support externe pour enregistrer ou faire jouer des enregistrements sonores. Par exemple, au paragraphe 28 de sa réponse, le CCCD affirme que tant les magnétophones que les enregistreurs audionumériques [TRADUCTION] « ont besoin de supports de stockage ». Compte tenu de la décision de la Cour d'appel fédérale, le support de stockage ne peut être la mémoire intégrée, puisque la mémoire n'a pas d'existence distincte de l'enregistreur audionumérique même. Par conséquent, si un support de stockage est requis, il faut que ce soit l'enregistreur audionumérique même.

[65] Parliamentary history is of little help in determining whether a device that can store as well as play sound recordings is a "medium". Parliament clearly intended that devices that can play music only when used with a medium on which a levy is payable would not themselves be leviable. Devices that can copy and play sounds without an external medium being inserted in them (e.g., computers) existed at the time the legislation was passed. Yet the transcripts of parliamentary proceedings that CSMA filed show

[65] L'historique législatif n'est guère utile pour déterminer si un appareil qui peut stocker et faire jouer des enregistrements sonores est un « support ». Il est manifeste que le législateur voulait que l'appareil ne pouvant faire jouer de la musique que lorsqu'il est utilisé avec un support à l'égard duquel une redevance est exigible ne soit pas assujetti lui-même à une redevance. Des appareils pouvant reproduire et faire jouer des sons sans l'insertion d'un support externe (par ex., les ordinateurs) existaient au moment de

that attention was focussed solely on media that could store recordings but not play them on the one hand, and devices that could play recordings only if media were inserted into them on the other. Advances in hardware and software needed for home computers to be practically used to store sound recordings had not occurred in 1995, when the private copying regime was debated, or in 1997 when it was passed. References to private copying are to audio cassettes, audio tapes, recordable CDs and diskettes. A number of references to computers being used to store music were made in the context of the debate leading to the adoption of section 30.9 of the *Act*, which allows radio stations to make "transfer of format" copies to their servers, which are not home computers.

l'adoption de la législation. Pourtant, les transcriptions des débats parlementaires que la CSMA a déposées montrent que l'on s'est uniquement intéressé aux supports pouvant stocker des enregistrements sonores sans pouvoir les faire jouer d'une part, et aux appareils ne pouvant faire jouer un enregistrement que si un support y est inséré de l'autre. Les progrès sur le plan du matériel et des logiciels nécessaires pour que les ordinateurs domestiques puissent être utilisés de façon pratique pour stocker des enregistrements sonores n'avaient pas eu lieu en 1995, lorsque le régime de copie privée a fait l'objet d'un débat, ni en 1997, lorsqu'il a été adopté. Les mentions concernant la copie privée visent les cassettes audio, les rubans magnétiques, les disques compacts enregistrables et les disquettes. Certaines mentions concernant l'utilisation des ordinateurs pour mettre en mémoire de la musique ont été faites dans le contexte du débat ayant mené à l'adoption de l'article 30.9 de la *Loi*, lequel permet aux stations de radio d'effectuer des reproductions comportant un « transfert de format » sur leurs serveurs, qui ne sont pas des ordinateurs domestiques.

[66] RCC argues that devices and media are mutually exclusive and in support of that position points to an Australian Report and to American copyright legislation. One need spend little time on these submissions. A report of the Australian Copyright Council[43] containing a passing comment on the state of Canadian law is not persuasive. The American *Audio Home Recording Act*[44] deserves a little more attention, by reason that the Federal Court of Appeal relied on it to give some credence to the medium/device dichotomy. That legislation was adopted in 1992; it was then inconceivable to even imagine a personal device that would be powerful enough to record and store sound recordings. It expressly entrenches the medium/device dichotomy. For example, it defines a "digital audio recording medium" as something which makes recordings "by use of a digital audio recording device". This distinction is not found in the Canadian definition

[66] Le CCCD prétend que les appareils et les supports s'excluent mutuellement. À l'appui de cette prétention, il mentionne un rapport australien et la législation américaine sur le droit d'auteur. Il n'est guère nécessaire de s'attarder sur ces observations. Un rapport de l'*Australian Copyright Council*[43] contenant un bref commentaire sur l'état du droit canadien n'est pas convaincant. Le *Audio Home Recording Act*[44] américain mérite un peu plus d'attention, puisque la Cour d'appel fédérale s'est fondée sur cette loi pour accorder un certain crédit à la dichotomie support/appareil. Cette loi a été adoptée en 1992; il était alors impossible d'imaginer qu'un appareil personnel puisse être assez puissant pour enregistrer et stocker des enregistrements sonores. La loi consacre expressément la dichotomie support/appareil. Par exemple, elle définit le [TRADUCTION] « support audionumérique » de quelque chose qui effectue

of "audio recording medium". Indeed, by comparison with the American legislation, the term "audio recording medium" in section 79 is remarkably broad and flexible and appears designed to transcend the technical limitations imposed by tapes and tape recorders.

des enregistrements [TRADUCTION] « au moyen d'un appareil d'enregistrement audionumérique ». La définition canadienne de « support audio » n'établit pas une telle distinction. En effet, par comparaison à la loi américaine, l'expression « support audio » prévue à l'article 79 est très générale et souple, et semble conçue pour transcender les limites techniques imposées par les bandes magnétiques et les magnétophones.

[67] Comparisons with other provisions of the *Act* that use the word "medium" are enlightening.[45] The term "medium" is used four times elsewhere in the *Act*, while the term "*support*" is used some twenty times. A device that can record, store and play a copyright subject matter is a medium/*support* for the purposes of other provisions of the *Act*. A BlackBerry storing thousands of copyrighted emails is a "single medium" within the meaning of subsection 38.1(3). An iPod can be the *support* onto which a sound recording or a performer's performance is first fixed or onto which a pre-existing sound recording is further reproduced. A computer is a *support* onto which broadcasters wishing to avail themselves of section 30.9 can make so-called transfer of format copies.

[67] Les comparaisons avec les autres dispositions de la *Loi* dans lesquelles le mot « support » est employé sont instructives.[45] Le mot « *medium* » est employé quatre fois ailleurs dans la *Loi*, tandis que le mot « support » y est employé une vingtaine de fois. Un appareil qui peut enregistrer, stocker et faire jouer un objet protégé par le droit d'auteur est un support/*medium* pour l'application d'autres dispositions de la *Loi*. Un BlackBerry stockant des milliers de courriels protégés par le droit d'auteur est un « même support matériel » au sens du paragraphe 38.1(3). Un iPod peut être le support sur lequel un enregistrement sonore ou la prestation d'un interprète est fixé pour la première fois ou sur lequel un enregistrement sonore qui existe déjà est reproduit une autre fois. Un ordinateur est un support sur lequel les diffuseurs qui souhaitent se prévaloir de l'article 30.9 peuvent effectuer ce qu'on appelle des reproductions comportant un transfert de format.

[68] Logic also dictates that a digital audio recorder be a recording medium for the purpose of the private copying regime. (1) Memory embedded into a digital audio recorder is not a medium. (2) In deciding whether a digital audio recorder can be subject to a levy, all attention must be focussed on the digital audio recorder itself. (3) A reproduction of a sound recording must be stored on something. (4) In Part VIII of the *Act*, that thing is called a medium. (5) A digital audio recorder stores reproductions of sound recordings. (6) The digital audio recorder is a medium. We know that propositions 1, 2, 3

[68] La logique veut également qu'un enregistreur audionumérique soit un support audio pour l'application du régime de copie privée. (1) La mémoire intégrée à un enregistreur audionumérique n'est pas un support. (2) Pour décider si un enregistreur audionumérique peut être assujetti à une redevance, il faut porter toute son attention sur l'enregistreur même. (3) La reproduction d'un enregistrement sonore doit être stockée sur une chose. (4) Dans la partie VIII de la *Loi*, cette chose s'appelle un support. (5) Un enregistreur audionumérique stocke des reproductions d'enregistrements sonores.

and 5 are true. Therefore, proposition 6 must be true as long as proposition 4 is. Put another way, the issue is: for the purposes of Part VIII of the *Act*, can a sound recording be stored on something other than a medium? In our opinion, answering yes to this question would not help achieve the purposes of the regime or of the *Act*.

(6) L'enregistreur audionumérique est un support. Nous savons que les propositions 1, 2, 3 et 5 sont vraies. Par conséquent, la proposition 6 doit être vraie à condition que la proposition 4 le soit également. Autrement dit, la question se pose comme suit : pour l'application de la partie VIII de la *Loi*, un enregistrement sonore peut-il être stocké sur quelque chose d'autre qu'un support? À notre avis, une réponse affirmative à la question n'aiderait pas à réaliser les objets du régime ou de la *Loi*.

[69] CSMA insisted on the need for a clear line to distinguish what is leviable from what is not. It is easy to determine whether an object is capable of storing relatively permanent reproductions of sound recordings. It is much more difficult to decide whether what is in effect a computer more powerful than anything available in 1997 shares with a tape recorder characteristics that CSMA purports are essential and yet were neither defined in the *Act* nor expressly articulated by Parliament.

[69] La CSMA a insisté sur la nécessité de tracer une ligne nette afin de distinguer ce qui peut être assujetti à une redevance et ce qui ne peut pas l'être. Il est facile de déterminer si un objet peut stocker des reproductions relativement permanentes d'enregistrements sonores. Il est beaucoup plus difficile de décider si ce qui est en réalité un ordinateur plus puissant que tout ce qui était disponible en 1997 partage avec un magnétophone des caractéristiques qui, selon la CSMA, sont essentielles, mais qui n'ont pourtant jamais été définies dans la *Loi* et que le Parlement n'a pas jugé bon d'exprimer clairement.

[70] CSMA expressed misgivings about the possibility that cellular phones and computers might end up being leviable. We see no inherent problem with this scenario. A thing that is ordinarily used by individual consumers to make private copies should not be excluded from the private copying regime for the sole reason that it has other uses. Indeed, all media that are currently subject to the levy can be used for purposes other than private copying.

[70] La CSMA a exprimé des préoccupations quant à la possibilité que les téléphones cellulaires et les ordinateurs finissent par être assujettis à une redevance. À notre avis, un tel scénario en soi ne présente pas de problèmes. Une chose qui est habituellement utilisée par les consommateurs pour faire des copies privées ne devrait pas être exclue du régime au seul motif qu'elle peut être utilisée à d'autres fins. D'ailleurs, tous les supports présentement assujettis à une redevance peuvent servir à autre chose que la copie privée.

[71] The meaning of "audio recording medium" should be determined by examining the plain and ordinary meaning of section 79, in a manner consistent with the object and purpose of the *Act* and Parliament's intention. Sound recordings can be reproduced onto a digital audio recorder. The purpose of the *Act* as stated in *Théberge* and

[71] Le sens de l'expression « support audio » devrait être déterminé suivant le sens ordinaire de l'article 79, conformément à l'objet et à la finalité de la *Loi* et à l'intention du législateur. Un enregistrement sonore peut être reproduit sur un enregistreur audionumérique. Des arrêts récents de la Cour suprême du Canada, dont

other recent decisions of the Supreme Court of Canada is to achieve "a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the art and intellect and obtaining a just reward for the creator".[46] Parliament's specific intention in enacting Part VIII was to deal with a market failure by allowing individual consumers to make private copies onto audio recording media without infringing copyright and to compensate rights holders for the private copying of their music, performances and sound recordings. To rule that digital audio recorders are not audio recording media does not serve the purpose of the *Act* or that of Part VIII. It instantly makes the conduct of millions of Canadians illegal, and even possibly criminal.

Théberge, énoncent l'objet de la *Loi* comme ayant pour objet de réaliser « un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur ».[46] En adoptant la partie VIII, le législateur voulait tout particulièrement corriger un échec de marché en permettant aux consommateurs de faire des copies privées sur support audio sans violer le droit d'auteur et rémunérer les titulaires de droits pour la copie privée de leur musique, de leurs prestations et de leurs enregistrements sonores. Une décision portant que l'enregistreur audionumérique n'est pas un support audio va à l'encontre de l'objet de la *Loi* ou de la partie VIII. Elle rend tout à coup illégal, voire criminel, le comportement de millions de Canadiens.

[72] CSMA and RCC insisted that the reasoning of the Federal Court of Appeal, even if not binding, ought to be highly persuasive. With the greatest of respect, we disagree.

[72] La CSMA et le CCCD ont maintenu que, même s'il n'est pas contraignant, le raisonnement de la Cour d'appel fédérale devrait être très convaincant. Avec égards, nous ne sommes pas d'accord.

[73] The reasoning of the Court leading it to conclude that a digital audio recorder is not a medium depends on the following propositions. (1) When it adopted the private copying regime, Parliament was looking at blank audio tapes as the cause of the harm to rights holders, knew of other countries that levied hardware used to record those tapes and decided not to levy that hardware. (2) The definition of audio recording medium stands in contra-distinction with a tape recorder or similar devices as these were known to exist at the time and whose function it is to record and play blank audio tapes. (3) A digital audio recorder is not a medium; CPCC recognized as much.

[73] Le raisonnement de la Cour qui l'a menée à conclure qu'un enregistreur audionumérique n'est pas un support repose sur les propositions suivantes. (1) Lorsqu'il a adopté le régime de copie privée, le législateur estimait que les cassettes audio vierges étaient la cause du préjudice subi par les titulaires de droits, savait que d'autres pays percevaient une redevance sur le matériel utilisé pour enregistrer ces bandes et a décidé de ne pas percevoir de redevance sur ce matériel. (2) La définition de support audio a comme effet d'établir une distinction d'avec le magnétophone et les autres appareils semblables qui existaient à l'époque et dont la fonction est d'enregistrer et de faire jouer des bandes audio vierges. (3) Un enregistreur audionumérique n'est pas un support; la SCPCP l'a elle-même admis.

[74] There was no attempt to either match or contrast the characteristics of digital audio recorders with the terms of the definition of audio recording medium. There was no explanation of

[74] Il n'y a eu aucune tentative de rapprocher ou de distinguer les caractéristiques des enregistreurs audionumériques de la définition de support audio. Il n'y a eu aucune explication

why digital audio recorders should not be levied simply because tape recorders are not. There is no statement (let alone an explanation) of why, for the purposes of the regime, a digital audio recorder and a tape recorder are one and the same. Neither the similarities between digital audio recorders and tape recorders, nor the differences between a digital audio recorder and an audio cassette, are so strong as to make the proposition self-evident. The focus of the contra-distinction on which the Court relied was between audio tapes and a tape recorder or similar devices *as these were known to exist at the time*.

quant à savoir pourquoi les enregistreurs audionumériques ne devraient pas être assujettis à une redevance tout simplement parce que les magnétophones ne le sont pas. Il n'y a aucune déclaration (ni même d'explication) quant à savoir pourquoi, pour l'application du régime, un enregistreur audionumérique et un magnétophone, c'est du pareil au même. Ni les similarités entre l'enregistreur audionumérique et le magnétophone, ni les différences entre l'enregistreur audionumérique et la cassette audio ne sont assez prononcées pour que la proposition aille de soi. La Cour s'est fondée sur une distinction entre les bandes audio et le magnétophone ou les appareils semblables *qui existaient à l'époque*.

[75] The answer to the third question is yes. For all of the above, we are of the opinion that a digital audio recorder is an "audio recording medium" if it is later established that it is ordinarily used by individual consumers to reproduce sound recordings.

[75] Nous répondons à la troisième question par l'affirmative. Pour tous les motifs énoncés ci-dessus, nous sommes d'avis qu'un enregistreur audionumérique est un « support audio » s'il est établi ultérieurement qu'il est habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements sonores.

V. REMAINING ISSUES

V. AUTRES QUESTIONS

[76] Three other matters warrant short comments.

[76] Trois autres questions méritent de brefs commentaires.

[77] At times, CSMA and RCC attempted to justify conclusions of law by relying on earlier statements or concessions made by CPCC before the Board or the Federal Court of Appeal. It goes without saying that contrary to what paragraph 160 of *CPCC v. CSMA* appears to imply, a litigant's concession on a legal issue in a proceeding is not binding or conclusive.[47]

[77] À quelques reprises, la CSMA et le CCCD ont tenté de justifier des conclusions de droit en se fondant sur des déclarations ou des admissions antérieures faites par la SCPCP devant la Commission ou la Cour d'appel fédérale. Il va sans dire que, contrairement à ce que le paragraphe 160 de l'arrêt *SCPCP c. CSMA* semble laisser entendre, une admission de droit d'un litigant dans une instance n'est ni contraignante ni concluante.[47]

[78] CPCC submitted that the Federal Court of Appeal exceeded its jurisdiction in holding that a digital audio recorder cannot be levied under Part VIII of the *Act*. It is not necessary for us to decide this issue, which is properly left to another forum.

[78] La SCPCP a soutenu que la Cour d'appel fédérale a outrepassé sa compétence en décidant qu'un enregistreur audionumérique ne peut être assujetti à une redevance en vertu de la partie VIII de la *Loi*. Il n'est pas nécessaire que nous tranchions cette question, qui pourra être examinée par un autre tribunal.

[79] CPCC also suggested the Court's statement according to which a digital audio recorder is not a medium can somehow be explained by the fact that the Court was focussing on digital audio recorders without memory. That statement is as unfounded as it is startling (to use CPCC's own word). Even though the examples the Court used to support its reasoning were of devices that cannot record or play sound recordings on their own, its references to digital audio recorders clearly were to devices with memory embedded in them.

[79] La SCPCP a aussi fait valoir que la déclaration de la Cour selon laquelle un enregistreur audionumérique n'est pas un support peut s'expliquer tant bien que mal par le fait que la Cour se penchait sur les enregistreurs audionumériques sans mémoire. Cette déclaration est aussi non fondée que frappante (pour reprendre les mots de la SCPCP). Même si les exemples donnés par la Cour à l'appui de son raisonnement visaient des appareils qui ne peuvent à eux seuls enregistrer ou faire jouer des enregistrements sonores, les mentions qu'elle a faites concernant les enregistreurs audionumériques visaient clairement des appareils auxquels une mémoire est intégrée.

VI. DISPOSITION

[80] The applications by CSMA and RCC are dismissed.

VI. DÉCISION

[80] Les demandes présentées par la CSMA et le CCCD sont rejetées.

Le secrétaire général,

Claude Majeau

Claude Majeau
Secretary General

ENDNOTES

1. [2005] 2 F.C. 654 (hereafter *CPCC v. CSMA*).

2. Decision certifying the *Private Copying Tariff, 1999-2000*, December 17, 1999 (hereafter *Private Copying I*).

3. Decision certifying the *Private Copying Tariff, 2003-2004*, December 12, 2003 (hereafter *Private Copying III*).

4. Proposed *Private Copying Tariff, 2003-2004*, s. 2 (definition of "blank audio recording medium").

5. *Private Copying III*, *supra* note 3, at pages 37-38.

6. Application for judicial review of CSMA, CPCC Memorandum of Argument (Response), Tab E, page 14, Ground (a). CSMA also challenged the decision on other grounds that were rejected and that are not relevant to this decision.

7. *CPCC v. CSMA*, *supra* note 1, at paragraphs 133, 142-143.

8. *CPCC v. CSMA*, *supra* note 1, at paragraphs 148-157 and 160-163.

9. *CPCC v. CSMA*, *supra* note 1, at paragraphs 158-164.

10. 66.7(1) The Board has, with respect to the attendance, swearing and examination of witnesses, the production and inspection of documents, the enforcement of its decisions and other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, all such powers, rights and privileges as are vested in a superior court of record.

11. See *CTV Television Network Ltd. v. Canadian Copyright Board*, [1993] 2 F.C. 115 (C.A.), at paragraphs 16, 18.

NOTES

1. [2005] 2 C.F. 654 (ci-après *SCPCP c. CSMA*).

2. Décision du 17 décembre 1999 homologuant le *Tarif pour la copie privée, 1999-2000* (ci-après *Copie privée I*).

3. Décision du 12 décembre 2003 homologuant le *Tarif pour la copie privée, 2003-2004* (ci-après *Copie privée III*).

4. Projet de *Tarif pour la copie privée, 2003-2004*, art. 2 (définition de « support audio vierge »).

5. *Copie privée III*, *supra* note 3, aux pages 37-38.

6. Demande de contrôle judiciaire de la CSMA, exposé des arguments de la SCPCP (réponse), onglet E, page 14, motif a). La CSMA a également contesté la décision pour d'autres motifs qui ont été rejetés et qui ne sont pas pertinents en l'espèce.

7. *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, aux paragraphes 133, 142-143.

8. *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, aux paragraphes 148-157 et 160-163.

9. *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, aux paragraphes 158-164.

10. 66.7(1) La Commission a, pour la comparution, la prestation de serments, l'assignation et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production d'éléments de preuve, l'exécution de ses décisions et toutes autres questions relevant de sa compétence, les attributions d'une cour supérieure d'archives.

11. Voir *Réseau de télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 115 (C.A.), aux paragraphes 16, 18.

12. *CPCC v. CSMA*, *supra* note 1, at paragraph 152.

13. *Private Copying III*, *supra* note 3, at page 33.

14. *Private Copying III*, *supra* note 3, at page 46.

15. Application for judicial review of CSMA, CPCC Memorandum of Argument (Response), Tab E, page 13, Remedy (a).

16. *CPCC v. CSMA*, *supra* note 1, at paragraph 133.

17. *Ibid.*, at paragraph 148.

18. *Ibid.*, at paragraph 152.

19. *Ibid.*, at paragraph 157.

20. CPCC's Memorandum of Argument, at paragraph 33.

21. *CPCC* v. *CSMA*, *supra* note 1, at paragraphs 160, 164.

22. *Private Copying Tariff, 2003-2004*, s. 3.

23. *Ibid.*, s. 2 (definition of "blank audio recording medium").

24. "the levy [...] approved [...] was on 'memory [...]' not 'devices'" [...] "[...] the Board embarked in certifying a levy on the memory [...] not on the device [...]": *CPCC v. CSMA*, *supra* note 1, at paragraphs 149-150.

25. *Black's Law Dictionary*, 8th ed, *s.v.* "Obiter Dictum". See also: *Davidner v. Schuster*, [1936] 1 D.L.R. 560 (Sask. C.A.).

26. Since hearing this matter, the Ontario Court of Appeal released its judgment in *Authorson*

12. *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, au paragraphe 152.

13. *Copie privée III*, *supra* note 3, à la page 33.

14. *Copie privée III*, *supra* note 3, à la page 46.

15. Demande de contrôle judiciaire de la CSMA, exposé des arguments de la SCPCP (réponse), onglet E, page 13, remède a).

16. *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, au paragraphe 133.

17. *Ibid.*, au paragraphe 148.

18. *Ibid.*, au paragraphe 152.

19. *Ibid.*, au paragraphe 157.

20. Exposé des arguments de la SCPCP, au paragraphe 33.

21. *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, aux paragraphes 160, 164.

22. *Tarif pour la copie privée, 2003-2004*, art. 3.

23. *Ibid.*, art. 2 (définition de « support audio vierge »).

24. « la redevance [...] approuvée [...] visait "la mémoire [...]" et non "des appareils" » [...] « [...] la Commission s'est livrée en homologuant une redevance portant sur la mémoire [...] mais non une redevance sur l'appareil [...] » : *SCPCP c. CSMA*, *supra* note 1, aux paragraphes 149-150.

25. *Black's Law Dictionary*, 8th ed., *s.v.* "Obiter Dictum". Voir aussi : *Davidner v. Schuster*, [1936] 1 D.L.R. 560 (C.A. Sask.).

26. Depuis l'audience dans la présente affaire, la Cour d'appel de l'Ontario a rendu sa

Estate v. Canada (Attorney General) [2007 ONCA 501]. Counsel for RCC immediately drew it to our attention and submitted in a written memorandum that it was relevant to the issue of *res judicata* before us. We asked CPCC and CSMA not to comment on either the decision or on RCC's memorandum unless asked. In the end, we did not request comments.

Authorson can be distinguished in at least two respects. First, the issue that the plaintiff class was attempting to raise was central to the disposition of the matter before the Supreme Court of Canada and the courts below. For the reasons we have already given, we find that the issue CPCC raises in this case was not, and could not have been, before the Board or the Federal Court of Appeal. Second, the plaintiff class in *Authorson* attempted to advance a new theory of the case during the continuation of the very same proceedings, after the issue had been addressed and dealt with. The examination of the proposed tariff for 2008-2009 is not the continuation of the proceedings that resulted in the certification of the tariff for 2003-2004.

décision dans l'affaire *Authorson Estate v. Canada (Attorney General)* [2007 ONCA 501]. Le procureur du CCCD l'a immédiatement portée à notre attention, soutenant dans un mémoire écrit qu'elle était pertinente à la question de chose jugée dont nous étions saisis. Nous avons demandé à la SCPCP et à la CSMA de ne pas commenter la décision ou le mémoire du CCCD à moins qu'on ne leur demande, ce que nous n'avons finalement pas fait.

Authorson se distingue de la présente espèce sous au moins deux aspects. Premièrement, la question que le groupe demandeur cherchait à soulever était au cœur du débat dont la Cour suprême du Canada et les cours inférieures avaient été saisies. Pour les motifs que nous venons d'exposer, nous concluons que la question que la SCPCP nous pose n'était pas soulevée devant la Commission ou la Cour d'appel fédérale et n'aurait pas pu l'être. Deuxièmement, le groupe demandeur dans *Authorson* cherchait à proposer une nouvelle base juridique du procès durant la suite de précisément la même affaire, après que la question ait été examinée et tranchée. L'examen du projet de tarif pour 2008-2009 n'est pas la suite des procédures ayant mené à l'homologation du tarif pour 2003-2004.

27. [2001] 2 S.C.R. 460 (hereafter *Danyluk*).

28. *Ibid.*, at paragraphs 25, 33.

29. 2nd ed. (Markham: LexisNexis Butterworths, 2004), at page 1.

30. [1975] 2 S.C.R. 248, at page 255.

31. [1924] 4 D.L R. 420, at page 422, quoted in *Danyluk*, *supra* note 27, at paragraph 24.

32. *Danyluk*, *supra* note 27, at paragraph 24.

33. [1976] 2 S.C.R. 621, at page 634.

27. [2001] 2 R.C.S. 460 (ci-après *Danyluk*).

28. *Ibid.*, aux paragraphes 25, 33.

29. 2e éd. (Markham : LexisNexis Butterworths, 2004), à la page 1.

30. [1975] 2 R.C.S. 248, à la page 255.

31. [1924] 4 D.L.R. 420 à la page 422, cité dans *Danyluk*, *supra* note 27, au paragraphe 24.

32. *Danyluk*, *supra* note 27, au paragraphe 24.

33. [1976] 2 R.C.S. 621, à la page 634.

34. 1843, 3 HARE 100, at page 115.

35. (1987) 21 C.P.C. (2d) 302 (Man. Q.B.), at page 305.

36. [2003] 3 S.C.R. 77.

37. *Supra* note 29, at pages 373 *et seq.*

38. *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 S.C.R. 336; *Robertson v. Thomson Corp.*, [2006] 2 S.C.R. 363; *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada*, [2004] 1 S.C.R. 339; *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, [2004] 2 S.C.R. 427, at paragraph 40.

39. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21. RCC suggested in argument that the definition of audio recording medium should be interpreted restrictively because the private copying regime is akin to a tax. There is no need to address this issue.

40. *SOCAN v. CAIP*, [2002] 4 F.C. 3, at paragraph 122.

41. For example, the requirement that the reproduction be relatively permanent may be unnecessary. It relies on an assumption that fixation is essential for a work or other copyright subject matter to exist. For reasons that need not be explained here, we believe that the universal application of fixation as a requirement in Canadian copyright law is antithetical to some forms of protection that our act affords. See Gervais and Judge, *Intellectual Property: The Law in Canada* (Toronto: Thomson/Carswell, 2005), at page 15.

34. 1843, 3 HARE 100, à la page 115.

35. (1987) 21 C.P.C. (2d) 302 (B.R. Man.), à la page 305.

36. [2003] 3 R.C.S. 77.

37. *Supra* note 29 aux pages 373 et suivantes.

38. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336; *Robertson c. Thomson Corp.*, [2006] 2 R.C.S. 363; *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339; *Société canadienne de auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, [2004] 2 R.C.S. 427, au paragraphe 40.

39. *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21. Lors de sa plaidoirie, le CCCD a proposé que la définition de support audio soit interprétée de façon restrictive parce que le régime de copie privée s'apparente à une taxe. Il est inutile d'aborder cette question.

40. *SOCAN c. ACFI*, [2002] 4 C.F. 3, au paragraphe 122.

41. Par exemple, l'exigence selon laquelle la reproduction doit être relativement permanente pourrait être inutile. Elle est fondée sur l'hypothèse que la fixation est essentielle pour qu'une œuvre ou un autre objet protégé par le droit d'auteur existe. Pour des motifs qu'il n'est pas nécessaire d'expliquer en l'espèce, nous sommes d'avis que l'application universelle de la fixation comme exigence du droit canadien sur le droit d'auteur contredit certaines formes de protection conférées par notre loi. Voir Gervais et Judge, *Le droit de la propriété intellectuelle* (Toronto : Thomson/Carswell, 2006), aux pages 14-15.

42. During oral argument, an attempt was made to distinguish between "simple" devices and others. No such distinction was made by anyone up to that point and we do not intend to elaborate on it.

43. Australian Copyright Council, *Remuneration for Private Copying in Australia: A Discussion Paper* (September 2001).

44. *Audio Home Recording Act of 1992*, 17 U.S.C. §§ 1001 *et seq.*

45. We take for granted that no one will challenge the fact that a digital audio recorder is a recording object of some kind. The only issue remaining therefore is whether it is a medium.

46. *Théberge*, *supra* note 38, at paragraph 30.

47. *R. v. Silveira*, [1995] 2 S.C.R. 297, at paragraph 100; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paragraph 211; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control & Licensing Branch)*, [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraph 44.

42. Pendant la plaidoirie, on a tenté de faire une distinction entre les appareils « simples » et les autres. Jusqu'à ce moment-là, aucune distinction à cet effet n'avait été établie par qui que ce soit; nous n'avons pas l'intention de discuter davantage de cette question.

43. Australian Copyright Council, *Remuneration for Private Copying in Australia: A Discussion Paper* (septembre 2001).

44. *Audio Home Recording Act of 1992*, 17 U.S.C. §§ 1001 et suivantes.

45. Nous tenons pour acquis que personne ne contestera le fait qu'un enregistreur audionumérique est un objet d'enregistrement quelconque. Par conséquent, il ne reste qu'à déterminer s'il s'agit d'un support.

46. *Théberge*, *supra* note 38, au paragraphe 30.

47. *R. c. Silveira*, [1995] 2 R.C.S. 297, au paragraphe 100; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 211; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control & Licensing Branch)*, [2001] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 44.